



**© Copyright – DIKE Giuridica Editrice, S.r.l. Roma**

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservate per tutti i Paesi.

**Progetto grafico della copertina**

Chiara Damiani

**Realizzazione editoriale**

Studio Editoriale Cafagna, Barletta

**Finito di stampare nel mese di ottobre 2013**

**IL *nuovo***  
**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

MONOGRAFIE

Collana diretta da **FRANCESCO CARINGELLA**

**I diritti sociali  
tra garanzia costituzionale  
e compiti dell'autorità**

**Caterina Ventimiglia**



Giuridica Editrice  
Roma



## INDICE

Prefazione .....	IX
------------------	----

### CAPITOLO I

#### *Disegno dell'indagine*

1. Le ragioni della ricerca. I nodi problematici da sciogliere .....	1
2. Le teorie sui diritti sociali.....	9
2.1. I diritti sociali quale pretesa e strumento del principio di uguaglianza .....	12
2.2. I diritti sociali quali interessi occasionalmente protetti, oggetto delle norme costituzionali programmatiche vincolanti il legislatore, l'Amministrazione, ed il giudice delle leggi in funzione direttiva o obbligatoria .....	18
2.3. I diritti sociali come diritti di prestazione .....	23
2.4. I diritti sociali come pretese (finanziariamente condizionate o non) di prestazione.....	34
2.5. I diritti sociali come diritti della personalità e come diritti di credito .....	40
2.6. I diritti sociali come diritti fondamentali .....	45
3. Limiti e ragioni di insoddisfazione delle teorie intorno ai diritti sociali. Sulla dequotazione dello statuto costituzionale dei diritti sociali e sulla violazione del primato della persona .....	60
4. Introduzione alla prospettiva d'indagine dei diritti sociali come diritti fondamentali. Osservazioni in ordine alla distinzione tra il contenuto della posizione soggettiva e gli strumenti di protezione (i livelli essenziali delle prestazioni) che non partecipano alla definizione dei diritti sociali .....	64
4.1. La ricostruzione dei diritti sociali quale porzione della sovranità del popolo .....	67
4.2. I diritti sociali, ed i poteri pubblici. La funzione amministra-	

tiva e i limiti della dignità, dell'eguaglianza e della solidarietà. Lo spazio dell'intervento pubblico in base agli artt. 41 e 43 Cost. ....	79
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## CAPITOLO II

### *I diritti sociali nella Costituzione, nella legislazione, nella giurisdizione*

1. I diritti sociali come posizioni soggettive nel dibattito in seno all'Assemblea Costituente. Sui dubbi teorici e sulla necessità d'inquadramento dei diritti sociali rispetto la centralità dell'individuo. Osservazioni sulla formulazione di tali diritti nella Costituzione italiana .....	85
2. Il ruolo "stabilizzatore" della Corte costituzionale sui diritti sociali. L'ultima fase: sul riparto della competenza legislativa tra Stato e regioni e sui contenuti dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali.....	95
3. Lo sviluppo dei diritti sociali entro le strettorie dello Stato sociale. La complessità degli attuali fattori di cambiamento nella riflessione contemporanea. La questione del federalismo versus uguaglianza .....	102
4. La tutela dei diritti sociali tra giudice ordinario e giudice amministrativo. L'avvento del primato del giudice amministrativo e l'applicazione diretta della Costituzione e dei diritti sociali.....	114

## CAPITOLO III

### *I diritti sociali e i compiti dell'autorità*

1. I diritti sociali e i compiti dell'autorità. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e la giurisdizione.....	123
2. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e la legislazione .....	127
3. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e l'amministrazione. Il regime giuridico delle prestazioni .....	129
3.1. La sovranità dei diritti sociali ed il potere amministrativo. Gli spazi della discrezionalità amministrativa .....	131
4. La continuità degli elementi di debolezza giuridica dei diritti sociali, il ruolo dell'Amministrazione e i fenomeni di dequotazione dell'effettività .....	135
4.1. La questione della convergenza dei diritti sociali mediante il potere amministrativo.....	144
4.2. Diritti sociali, Amministrazione e principio di sussidiarietà "sociale".....	150
Bibliografia .....	155

*Ai miei cari genitori,  
a Maria Giovanna ed alla piccola Anna in arrivo,  
a Gaspare,  
a nonna Maria.*

*A te,  
Cecilia.*

*Ogni giorno t'osservo di nascosto.  
I tuoi occhi pieni di luce e le tue piccole, dolcissime, mani.  
E m'incanto ad ascoltare il tuo buffo codice per decifrare  
il mondo che ancora conosci poco,  
e l'allegria e l'imprevisto che trasformi in avventura.*

*A piccoli passi, Amore,  
allenati sempre alla riflessione e alla scelta.  
Non soffermarti troppo sulle delusioni,  
e distingui sempre la verità dal bisogno.  
Vivi le cose che senti più adatte a te,  
più vicine alla tua felicità,  
ma orienta costantemente la tua vita  
alla generosità ed alla bellezza del creato, di cui fai parte.*

*Così potrai essere libera  
e vivere,  
spregiudicatamente,  
dalla parte del cuore.  
La tua mamma*

*A te che mi sei sempre accanto.*





## PREFAZIONE

### *I diritti sociali tra garanzia costituzionale e compiti dell'amministrazione*

A far data dall'inserimento dei diritti sociali nelle Costituzioni europee del Novecento, gli studi dedicati alla natura giuridica ed alla struttura della situazione giuridica della pretesa che in essi si esprime ed, inoltre, all'effettività ed agli strumenti di garanzia stabiliti a protezione dei soggetti titolari, caratterizzano un dibattito ampio ed inesauribile sul tema dell'identificazione dei criteri assiologici e/o giuridici sulla cui base è possibile identificare il fondamento ed il contenuto dei diritti sociali e, dunque, il ruolo che essi vantano entro gli ordinamenti giuridici.

Accanto a tale profilo, l'evoluzione degli orientamenti ha mostrato interesse alla costituzionalizzazione dei diritti sociali, in rapporto ai compiti dell'autorità ed, in particolare, ai contenuti d'esercizio del potere amministrativo (oltre che legislativo e giurisdizionale), rispetto al quale emerge una lettura prevalente che, con argomenti diversi, da un lato, relega i diritti sociali quali pretese di prestazione vincolate al rapporto obbligatorio con il potere pubblico e, dall'altro, offre una ricostruzione del grado di effettività dei diritti sociali e della loro giustiziabilità che appare, oltremodo, condizionata dai contenuti dalle norme di attuazione che, allo stato, scontano le dinamiche dirompenti della crisi fiscale e finanziaria degli Stati e delle pubbliche amministrazioni.

L'interesse della ricerca, che raccoglie materiali dal dibattito in seno all'Assemblea costituente, dagli interventi della Corte costituzionale, dai contributi della giurisprudenza ordinaria e, soprattutto, della giurisprudenza amministrativa, muove dall'osservazione secondo la quale il percorso di configurazione delle pretese riconducibili ai diritti sociali (che storicamente si riconnette e si sovrappone anche ai contenuti delle teorie soggettive sulla nozione di servizio pubblico) ha – da sempre – valorizzato la centralità dello Stato, della sovranità e dei suoi poteri, con la conseguente dequotazione del primato delle pretese dei soggetti, cittadini e non cittadini, al godimento dei beni sociali della vita, anche se riconosciuti nella Carta costituzionale, e pur essendo acquisito al dibattito che i diritti sociali, nella variegata definizione ad essi riconosciuta, identificano anche i connotati essenziali della persona nell'ordinamento e nella comunità e, dunque, la posizione dello Stato e, in generale, dei poteri

pubblici, essendo questi orientati alla rimozione di quegli ostacoli di ordine economico e sociale che riducono il primato e lo sviluppo della persona.

In tale ordine concettuale, l'equazione che si propone tra diritti sociali e diritti fondamentali apre uno spazio di ricerca e, per ciò stesso, consente l'avvio di uno studio dei diritti sociali da una differente e poco indagata prospettiva che, accogliendo il primato della persona nell'ordinamento giuridico contemporaneo, rilegge la struttura dei diritti sociali quali porzioni della sovranità popolare ed, appunto, quali diritti fondamentali, in rapporto ai quali emerge la funzionalizzazione dello Stato, dei suoi poteri ed apparati, alla protezione e promozione della persona, non staticamente considerata, ma proiettata nella dimensione contingente e mutevole delle aggressioni che può subire in base all'evoluzione dell'ordinamento e della società.

In tale prospettiva, le forme d'esercizio dei diritti sociali, allo stato, rispetto al passato, si giovano della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni fissati dal legislatore statale, che individuano strumenti e soglie predeterminate di protezione, che hanno lo scopo di attualizzare la garanzia costituzionale dei diritti sociali. Nell'ottica del superamento dell'inquadramento dell'esercizio dei diritti sociali nell'ambito del rapporto obbligato con le amministrazioni, il loro regime giuridico è configurato nell'ambito della distinzione tra attività libera (quale risposta adeguata del mercato alle prestazioni stabilite quali forme di protezione dei diritti) ovvero, in un'ottica residuale, tra attività regolata, ovvero riservata in capo alle pubbliche amministrazioni, in base ad un'interpretazione coerente delle prestazioni concernenti i diritti sociali nell'ambito degli artt. 41 e 43 Cost.

La considerazione del profilo dei livelli essenziali delle prestazioni consente di approfondire l'effettività dei diritti sociali rispetto i modelli di distribuzione delle funzioni, e delle risorse finanziarie stabiliti negli artt. 118 e 119 Cost., nel rilievo della fase critica dei diversi tipi di federalismo (fiscale e amministrativo), e della dimensione del principio della sussidiarietà sociale, quale ulteriore elemento definitorio del regime giuridico dei diritti sociali, significativo del valore della partecipazione spontanea di tutte le componenti del corpo sociale alla realizzazione di tali diritti.

## CAPITOLO I

### *Disegno dell'indagine*

SOMMARIO: § 1. Le ragioni della ricerca. I nodi problematici da sciogliere – § 2. Le teorie sui diritti sociali – § 2.1. I diritti sociali quale pretesa e strumento del principio di uguaglianza – § 2.2. I diritti sociali quali oggetti delle norme costituzionali programmatiche vincolanti il legislatore, l'Amministrazione e il giudice delle leggi in funzione direttiva o obbligatoria – § 2.3. I diritti sociali come diritti di prestazione – § 2.4. I diritti sociali come diritti di prestazione finanziariamente condizionati – § 2.5. I diritti sociali come diritti della personalità e come diritti di credito – § 2.6. I diritti sociali come diritti fondamentali – § 3. Limiti e ragioni di insoddisfazione delle teorie intorno ai diritti sociali. La dequotazione dello statuto costituzionale dei diritti sociali e la violazione del primato della persona – § 4. Introduzione alla prospettiva d'indagine dei diritti sociali come diritti fondamentali. Osservazioni in ordine alla distinzione tra il contenuto della posizione soggettiva e gli strumenti di protezione (i livelli essenziali delle prestazioni) che non partecipano alla definizione dei diritti sociali – § 4.1. La ricostruzione dei diritti sociali quale porzione della sovranità del popolo – § 4.2. I diritti sociali, ed i poteri pubblici. La funzione amministrativa ed i limiti della dignità, dell'eguaglianza e della solidarietà. Lo spazio dell'intervento pubblico in base agli artt. 41 e 43 Cost.

#### **1. Le ragioni della ricerca. I nodi problematici da sciogliere**

Nella cornice dei fenomeni di frammentazione e di tensione che hanno contrassegnato il sistema istituzionale, sociale ed economico del nostro Paese, s'innesta, e rimane costante e vivo, il dibattito sui diritti sociali.

A far data dal loro inserimento nelle Costituzioni europee del Novecento, gli studi dedicati alla natura giuridica ed alla struttura della situazione giuridica della pretesa che in essi si esprime ed, inoltre, all'effettività ed agli strumenti di garanzia stabiliti a protezione dei soggetti titolari, caratterizzano uno spazio di ricerca multidisciplinare, partecipato dagli studiosi che hanno affrontato il tema: a) dell'identificazione dei criteri assiologici e/o giuridici sulla cui base è possibile identificare il fondamento ed il contenuto dei diritti sociali e, dunque, il ruolo che essi vantano entro gli ordinamenti giuridici; b) delle condizioni di validità generate dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali in rapporto ai contenuti d'esercizio del potere legislativo, amministrativo, e

giurisdizionale, anche nella più recente ed innovata cornice costituzionale che, come noto, affida esclusivamente al legislatore statale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali che devono essere garantiti in modo uniforme nell'ambito complessivo dell'ordinamento interno; c) del grado di effettività dei diritti sociali, e della loro giustiziabilità, anche per i profili condizionati dai contenuti delle ulteriori norme di attuazione che, allo stato, scontano le dinamiche dirompenti della crisi fiscale e finanziaria degli Stati e delle pubbliche amministrazioni<sup>1</sup>.

1. L'attenzione del dibattito dottrinale nei confronti del tema dei diritti sociali è testimoniata dal numero di monografie e saggi che, seppur da prospettive e con argomenti diversi, hanno affrontato la questione del loro fondamento e della struttura del rapporto tra essi e l'intervento dei pubblici poteri. Segnatamente, il riferimento è a L. R. PERFETTI *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*, 2013; Id., *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, in corso di pubblicazione in *Dir. pubbl.*, 2013; Id., *Autorità dello Stato, autorità del Mercato, autorità dei diritti delle persone (Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele)*, in *Studi in onore di F. Gabriele*, Bari, 2013; Id., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss.; Id., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359 ss.; V. BERLINGÒ, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. Amm.*, 2012, 143 ss.; A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 49 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, e soprattutto 489 ss.; F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 249 ss.; R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G.M. RACCA, A. ROSSI, (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, 2010; L. FERRAJOLI, *Lo stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, in *Aa. Vv.*, *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, F. VIOLA (a cura di), Bologna, 2012, 309; Id., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 141 ss.; Id., *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 25 ss.; Id., *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001, soprattutto 26 ss.; F. CANCELLA, *Servizi di Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, 2010; A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 ss.; Id., *Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 19 ss.; C. PINELLI, "Social card", o del ritorno alla carità dello Stato, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre*, vol. II, Napoli, 2009, 1177 ss.; A. ROVAGNATI, *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, 2009; E. BALBONI, *Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali*, in *Aa. Vv.*, *La tutela multilivello dei diritti sociali*, E. BALBONI (a cura di), vol. I, Napoli, 2008, 3 ss.; M. BELLAVISTA, *Servizi sociali, struttura delle pretese soggettive sostanziali e tecniche di tutela sommaria nel processo amministrativo*, *ivi*, vol. II, 973 ss.; P. BIANCHI, *Il Welfare municipale dopo la riforma del Titolo V: uno snodo critico per la prospettiva multilivello*, *ivi*, vol. II, 737 ss.; A. MARZANATI, *Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l'assistenza sociale*, *ivi*, vol. I, 257 ss.; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008; C. IANNELLO, *La funzione normativa dello Stato. La tutela delle esigenze unitarie e la tutela "uguale" dei diritti dei cittadini alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Comuni e funzione amministrativa*, Torino, 2007, 29 ss.; M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in *Aa.Vv.*, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, M. CARTABIA (a cura di), Bologna, 2007, 507 ss.; A. GIORGIS, voce *Diritti sociali*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, dir. da S. CASSESE, vol. III, 2006, 1903 ss.; Id., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in *Aa. Vv.*,

La diversità e l'estrema latitudine degli argomenti e delle posizioni degli interpreti segnano, da sempre, il dibattito sul loro statuto, incentrato sull'im-

*Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, A. D'ALOIA (a cura di), Milano, 2003, 111 ss.; Id., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SATTI (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006; l'intero volume di L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005; Id., *Sistemi di Welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 713 ss.; PILIA, *I diritti sociali*, Napoli, 2005; F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. economia*, 2004, 41 ss.; S. FREGO, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004; E. DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2004, 49 ss.; A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Aa. Vv., *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, cit., 7 ss.; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; P. CARETTI, *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 ss.; C. MARZUOLI, *Istruzione e Stato sussidiario*, ivi, 117 ss.; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Bari, 2002; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 873 ss.; Id., *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2002, 1179 ss.; S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The costs of Rights. Why Liberty depends on taxes*, New York-Londra, 1999, trad. it., Bologna, 2000; G. PECES BARBA MARTINEZ, *Diritti sociali: origine e concetto*, in *Sociologia del diritto*, 2000, soprattutto 27 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2000; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998, e soprattutto 125 ss.; Id., *La costruzione del principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 13 ss.; S. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1998; Id., *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in *Pol. dir.*, 1986, 253 ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996; M. LUCIANI, *Diritti sociali ed integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 367 ss.; Id., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzioni di Celso*, Padova, 1995, II, 97 ss.; Id., *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, R. ROMBOLI (a cura di), Torino, 1994, 89 ss.; R. DAHL, *Efficienza dell'ordinamento "versus" effettività della cittadinanza: un dilemma della democrazia*, in *La democrazia alla fine del secolo*, M. LUCIANI (a cura di), Roma-Bari, 1994, 5 ss.; M. AINIS, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, 597 ss.; G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto della salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss.; Id., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano 1993, 1081 ss.; A. BALDASSARE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1989, 1 ss.; Id., voce *Diritti inviolabili*, ivi, 1 ss.; B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984; F. L. NEUMAN, *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar*, in *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Bologna, 1983; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 757 ss.; Id., *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Sociologia del diritto*, 1990, 109 ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; L. PALADIN, *Il principio costituzionale dell'eguaglianza*, Milano, 1962; N. BOBBIO, *Introduzione a G. Gurvitch, La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, 1949. Per quanto attiene alle ricadute della riforma costituzionale del 2001 sui diritti sociali, in generale, sulla disomogeneità tra i significati ricondotti alle disposizioni costituzionali e i significati che le stesse vengono ad assumere nel diritto costituzionale vivente, G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V, in Regioni*, 2011, 241 ss.; inoltre, per una proposta di modifica dell'art. 118 Cost., nell'ottica della piena valorizzazione della sussidiarietà orizzontale, v. M. CARRER, S. ROSSI, *La sussidiarietà: metamorfosi e trasfigurazione*, in *Quad. cost.*, 2012, 259 ss, e soprattutto 266 ss.; inoltre, G. PASTORI, *Prima e dopo la riforma: bilancio e prospettive*, in *Regioni*, 2011, 581 ss.; Id., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, II, 2005, 1749 ss.; L. VANDELLI, *Riflessioni a dieci anni dalla riforma del titolo V: quali prospettive per il regionalismo italiano?*, ivi, 587 ss.; G. LEONE, *Per un federalismo competitivo e solidale*,

portanza riconosciuta ai beni giuridicamente tutelati per il loro tramite; sulla funzione validante svolta nell'ordinamento rispetto alla produzione normativa e in generale all'operato dei pubblici poteri; ed inoltre sul carattere fondativo di tali diritti, in ragione del loro espresso richiamo nelle carte nazionali e sovranazionali quali obiettivi primari dei pubblici poteri in relazione al primato della persona, e per questa via anche base legittimante dell'esistenza stessa degli ordinamenti.

L'interesse della ricerca muove dall'osservazione secondo la quale il percorso di configurazione delle pretese riconducibili ai diritti sociali (che storicamente si riconnette e sovrappone anche ai contenuti delle teorie soggettive sulla nozione di servizio pubblico) ha – da sempre – valorizzato la centralità dello Stato, della sovranità e dei suoi poteri, con la conseguente dequotazione del primato delle pretese dei soggetti (cittadini e non cittadini) al godimento dei beni sociali della vita – anche se – riconosciuti nella Carta costituzionale, e ciò con diversi argomenti giuridici, compreso il riferimento al Welfare State ed allo Stato sociale. E ciò, pur essendo acquisito al dibattito che i diritti sociali, nella variegata definizione ad essi riconosciuta, identificano anche i connotati essenziali della persona nella comunità economica, sociale, politica e la posizione dello Stato e dei poteri pubblici nella dimensione di protezione sociale rivolta ai soggetti svantaggiati dal condizionamento di specifici ostacoli di ordine economico e sociale.

In tale ordine concettuale, l'equazione tra diritti sociali e diritti fondamentali apre uno spazio di ricerca e, per ciò stesso, consente l'avvio di uno studio

---

in *Ist. fed.*, 2009, 533 ss.; L. ANTONINO, *Il principio di sussidiarietà: un fondamento del nuovo Welfare*, in *Aretè*, 2008, 13 ss.; Id., *Competenza, finanziamento e accountability in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali*, in *Riv. dir. fin.*, 2003, 70 ss.; S. PIAZZA, *L'alveo dei diritti sociali come cornice giuridica dei diritti sociali*, in *Nuova rass.*, 2007, 1 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, ivi, Napoli, I, 2005, 177 ss.; Id., *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 2005, 140 ss.; A. W. PANKIEWICZ, *Federalismo e diritto sociali*, Roma, 2005; L. TORCHIA, *Sistemi di Welfare e federalismo*, cit.; A. POGGI, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli, 2004, 1173 ss.; R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti. Relazione al convegno "Il governo degli interessi territoriali e i diritti dei cittadini"*, Torino, 26 ottobre 2002, in *Ist. fed.*, 2003, 195 ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico Il modello dei sistemi essenziali delle prestazioni*, in *Regioni*, 2003, 1063 ss.; F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Regioni*, 2003, 599 ss.; A. BRANCASI, *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 909 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; L. CHIEFFI (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali, A proposito della riforma del Titolo V della Costituzione*, Padova, 2001. Sul profilo dell'infrangersi anche dei diritti sociali sui temi della crisi finanziaria, *ex multis*, si veda, anche per i riferimenti bibliografici, R. PEREZ, *Fiscal compact e tutela dei diritti sociali*, in *Riv. giur. mezz.*, 2013, 107 ss.; il lavoro monografico di A. DE SIANO, *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria*, Torino, 2008, ed inoltre, F. MERLONI, *Il sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria*, in *Regioni*, 2011, 599 ss.; G.C. CARBONI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica negli ordinamenti decentrati, tra limiti costituzionali e vincoli economici*, ivi, 605 ss.; R. PEREZ, *Fiscal Compact e tutela dei diritti sociali*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2013, 107 ss.

dei diritti sociali da una differente e poco indagata prospettiva che, accogliendo il primato della persona nell'ordinamento giuridico contemporaneo, rilegge la struttura dei diritti sociali, appunto, come diritti fondamentali in rapporto ai quali emerge la funzionalizzazione dello Stato, dei suoi poteri ed apparati, per i bisogni della persona, non staticamente considerati, ma proiettati dalla sovranità della persona in base all'art. 1 della Costituzione nella specificazione resa continua e visibile dai principi costituzionali di libertà, uguaglianza, solidarietà e dal valore-principio della dignità, nella dimensione contingente della storia e del diritto positivo.

La complessità del tema, inesauribile, mai scontato né immutabile, induce a scegliere alcuni punti critici dell'esperienza giuridica dei diritti sociali.

Nel primo capitolo, l'indagine prende avvio dall'analisi e dall'approfondimento comparativo delle differenti opzioni teoriche sul fondamento e sulla definizione dei diritti sociali, che vengono analizzate e ritenute insoddisfacenti per specifiche classi di notazioni critiche ed obiezioni.

Aderendo in parte a posizioni recentemente espresse in dottrina, la proposta ricostruttiva, che prende le mosse dall'inquadramento del tema nell'ambito della sovranità popolare, intende sostenere che i diritti sociali costituiscono una porzione di detta sovranità ed, in quanto tali, siano da inquadrare nell'ambito dei diritti fondamentali.

Nel secondo capitolo, tale costruzione (la quale interseca ampie tematiche che si affronteranno per i profili d'interesse strettamente connessi con il tema) è argomentata raccogliendo elementi all'indagine dal significativo dibattito sviluppato in senso all'Assemblea costituente sui diritti sociali e sulle clausole generale di principio racchiuse negli artt. 2 e 3 Cost.; dall'evoluzione degli orientamenti della Corte costituzionale, del giudice ordinario e soprattutto del giudice amministrativo; e dalle tendenze della legislazione, e del suo nuovo corso alimentato dalla materia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.

Nel terzo capitolo, la definizione della natura giuridica dei diritti sociali quali diritti fondamentali è misurata sul versante dei compiti dell'autorità e, segnatamente, intende perseguire l'obiettivo di analizzare, in via preliminare, gli elementi di crisi e di debolezza giuridica che incontrano i diritti sociali nel contesto ordinamentale e, di approfondire, il tema della loro inviolabilità affidata al potere giurisdizionale, al potere legislativo ed al potere amministrativo, giovandosi degli elementi di rilievo emersi nell'analisi elaborata nel secondo capitolo.

Con riferimento al rapporto tra diritti sociali e potere amministrativo, si deve osservare il preminente interesse nell'approfondire il confronto con il potere dell'amministrazione e con l'articolazione (almeno in parte) federale dell'organizzazione pubblica, atteso che, in tale ambito, le categorie proposte entrano in tensione e richiedono d'essere verificate.



Nella letteratura costituzionale ed amministrativa, come si vedrà, si prospetta una nozione non univoca della categoria dei diritti sociali, e della relazione fra essi e l'intervento pubblico, classificata dagli autori secondo vari criteri, tematici e strutturali, che proiettano una differente identificazione, da un lato, del fondamento di valore inteso quale principio costituzionale con essi invocato, giuridicamente stipulato e garantito – dal quale traggono origine e che mirano a tutelare – ora riconosciuto nel principio dell'uguaglianza sostanziale, ovvero nel principio personalista, o nel principio pluralista, o ancora nel principio della sovranità del popolo.

E dall'altro, una variegata configurazione della struttura e del regime giuridico delle situazioni soggettive ricondotte nell'ambito della categoria, intese come diritti di prestazioni, espressione del principio di uguaglianza sostanziale; ovvero considerati come norme, ossia regole generali costituzionalmente garantite che operano come limite e vincolo per il potere legislativo ed amministrativo, che non possono ad essi derogare; ovvero come pretese di prestazione finanziariamente condizionate dalla programmazione economico-finanziaria dei diversi livelli di governo, che orienta il contenuto della pretesa soggettiva sul costo sostenibile dei diritti sociali nella dimensione della tutela *multilevel*; ovvero ancora intesi complessivamente come *lex* e come *iura* nella visione composita che lega i diritti sociali all'intervento pubblico, ed alla dimensione di sviluppo della persona; inoltre, intesi come partecipativi dei caratteri dei diritti della personalità; ed infine, secondo una ricostruzione più recente, ricompresi nell'ambito della categoria dei diritti fondamentali, quali diritti che – non diversamente connotati rispetto i diritti di libertà – rientrano tra le strutture di base che sorreggono l'idea stessa di persona.

Si deve osservare che ogni ricerca dottrinale sui diritti sociali ha affrontato (e continua a confrontarsi con) questioni dogmatiche sottese al tema, corrispondenti in modo peculiare, al rilievo attuale e cogente delle questioni di teoria generale correlate al rapporto tra sovranità dello Stato e sovranità dei diritti (nello sfondo storico e teorico dell'impatto della democrazia politica pluralista sulla concezione dei diritti); ed al rapporto tra principio di libertà e principio di eguaglianza, ossia tra diritti di libertà e diritti sociali, atteso che, come noto al dibattito, le difficoltà dell'eguaglianza sono state, allo stesso tempo, le difficoltà dei diritti sociali, che da quel principio hanno tratto, storicamente, alimento e giustificazione.

In questi termini, allo stato, il tema del fondamento, ed insieme quello dell'effettività dei diritti sociali riemerge viepiù – e ciò fonda anche l'interesse primario alla ricerca – sotto l'influenza concorrente di tre distinti fattori.

Innanzitutto, assume rilievo la spinta innovatrice della riforma del Titolo V della Costituzione, che ha segnato un rinnovato campo d'indagine sui contenuti della legge statale, a cui è affidato il compito di definire lo standard di tutela (i livelli essenziali di prestazione) dei diritti sociali, e sull'esercizio del



potere amministrativo, laddove impegnato alla traduzione amministrativa di tali livelli di tutela, nella cornice dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Dall'altro, deve anche considerarsi l'attuale tendenza all'inserimento di pretese soggettive più diverse e nuove nell'ambito di una sorta di catalogo aperto dei diritti sociali, che accoglierebbe – accanto ai diritti sociali espressamente codificati nella Costituzione quali la salute, l'istruzione, l'assistenza, la previdenza, ed il lavoro – anche altri diritti, considerati lo svolgimento di specifiche norme costituzionali, che rispecchierebbero l'ampliamento dei beni e degli *status* che sono assunti, nel contesto politico-istituzionale e sociale, nazionale e sovranazionale, come suscettibili di specifiche tutele (il diritto alla casa, il diritto all'acqua come bene comune, il diritto all'ambiente salubre, il complesso dei diritti dei consumatori).

Occorre osservare, infatti, che accanto all'eguaglianza nel godimento dei diritti civili e politici (cittadinanza civile e politica), si affianca oggi l'aspirazione all'eguaglianza in termini di minimo benessere e sicurezza economica, e le analisi sui diritti sociali possono essere lette anche in rapporto all'identificazione del contenuto essenziale della cittadinanza sociale, non necessariamente riferibile ai soggetti titolari di cittadinanza politica<sup>2</sup>.

Inoltre, l'attualità della riflessione è correlata al tema della crisi dello Stato e della democrazia, che si manifesta simultaneamente come crisi dello Stato sovrano e del primato delle sue decisioni politiche; come crisi dello Stato di diritto, cioè del principio di legalità in entrambe le sue dimensioni, quella della legalità ordinaria e quella della legalità costituzionale; come crisi dello Stato rappresentativo; ed altresì come crisi d'effettività dei diritti sociali<sup>3</sup>.

Si tratta di aspetti che vengono, generalmente, considerati contestuali ed in parte correlati fra loro, nell'attuale paradigma della modernità politica e giuridica, che registra l'aumento delle promesse costituzionali generate dalle tante carte dei diritti, sia statali che sovrastatali e, per altro verso, la crescita dei problemi e delle interdipendenze determinate dalla globalizzazione.

2. Cfr. F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2004, 45; inoltre, in argomento, A. POLICE, *Ruolo e responsabilità dei cittadini, delle formazioni sociali e dei gruppi sociali nella lotta alla povertà ed alla esclusione. Problemi giuridici della "Shared Governance"*, *ivi*, 2004, 539 ss.

3. Su tali tematiche di primario rilievo, senza pretesa di esaustività, sia consentito il richiamo a S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1910, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969; A.C. JEMOLO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Bari, 1954; S. CASSESE, *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 89 ss.; Id., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; Id., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; A. MASSERA, *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1 ss.; F. VIOLA (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; M. FERRERA, *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e merc.*, 2013, 3 ss.

In tale direzione, si è affermato che «alla crescita delle promesse costituzionali e, insieme, della complessità sociale, hanno fatto in questi anni riscontro, paradossalmente, anziché una più complessa articolazione istituzionale e garantista della sfera pubblica, una sua riduzione e semplificazione»<sup>4</sup>.

L'attenzione del dibattito è, dunque, rivolta ai fenomeni di aggressione allo stato di diritto ed allo stato sociale, in contrasto con le promesse costituzionali della sfera del non decidibile (diritti di libertà e diritti sociali), che appare anche condizionata dagli effetti dei mercati sulle politiche di governo, impegnate sul fronte contingente e mutevole della grave crisi economica, alla ricerca di nuovi modelli di “governabilità” che sembrano richiedere – in quasi tutte le democrazie occidentali – la riduzione delle promesse eccessive della democrazia e una verticalizzazione e semplificazione dei sistemi politici<sup>5</sup>.

Sotto diverso profilo, deve considerarsi che le differenti posizioni ed interpretazioni sul fondamento e sulla natura giuridica dei diritti sociali hanno influenzato fortemente anche la lettura del rapporto tra dettato costituzionale e normativa attuativa e, soprattutto, per quel che qui assume interesse, anche la considerazione del fenomeno attuale della crisi d'effettività delle soglie di tutela che devono essere rese anche dalle pubbliche amministrazioni.

Sul punto, si deve premettere che non mancheranno aspetti di analisi inerenti al rapporto tra la normativa attuativa ed il dettato costituzionale, ma la scelta di concentrarsi sul lato della legislazione ordinaria è orientata a far emergere soltanto le lacune e le contraddizioni della disciplina attuativa, piuttosto che indagarne la qualità.

Ciò non equivale a sottovalutare la dimensione politica delle scelte relative ai diritti sociali, ed il loro valore sul versante della cittadinanza.

Piuttosto, si tratta di impostare il tema dalla prospettiva della sovranità, per cui si è scelto di centrare l'analisi sulla fecondità del dibattito espresso dalle tesi giuridiche riferite al livello costituzionale, anziché a quelle relative al livello legislativo, assumendo quale prospettiva d'indagine quella del radicamento dei diritti sociali nel novero dei diritti fondamentali, quale porzione della sovranità

---

4. Cfr. L. FERRAJOLI, *Lo Stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, cit., 309. L'autore, che nelle premesse del contributo si richiama al pensiero di Santi Romano, indaga la crisi del costituzionalismo rigido e democratico, che sembra avere abbandonato il rispetto delle norme sostanziali sui contenuti della produzione legislativa, ossia le regole della democrazia sostanziale o costituzionale, e cioè i limiti e i vincoli imposti alle maggioranze dai diritti fondamentali da esse stabiliti. La prospettiva dell'autore (soprattutto 314–319) è quella secondo la quale lo svuotamento della sovranità degli stati, i processi di confusione e subordinazione dei poteri pubblici ai poteri economici, la rottura del duplice nesso tra democrazia e popolo e tra potere e diritto tradizionalmente mediato dalla rappresentanza politica e dal primato della legge, determinano una nuova età dei diritti (come definita anche da N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1986, cui fa altresì riferimento l'autore), nel senso che «gli essere umani, benché sul piano giuridico siano oggi, grazie a quelle carte, più uguali che in qualunque altra epoca del passato, sono diventati, di fatto, enormemente più diseguali in concreto».

5. Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 322.

tà che spetta a ciascuno in base all'art. 1 della Costituzione, rovesciando il paradigma classico della sovranità dello Stato da cui promana il riconoscimento, la disciplina, e l'attuazione dei diritti sociali.

In particolare, la partecipazione del presente studio al dibattito nella comunità scientifica intende sostenere la tesi secondo la quale essi costituiscono e vanno intesi quali posizioni soggettive direttamente espressive della sovranità del popolo nell'ordinamento ed in rapporto con i poteri pubblici, e pertanto diritti fondamentali non dissimili dai diritti di libertà, affidati anche all'organizzazione amministrativa ed ai modelli di distribuzione dei compiti, delle funzioni, e delle risorse finanziarie rigidamente stabiliti agli artt. 118 e 119 Cost., ed attuati nella cornice dei diversi tipi di federalismo (fiscale e amministrativo) che non contengono in sé alcuna *ratio* limitativa incidente sui diritti sociali; e nella dimensione d'effettività garantita anche dalla sussidiarietà orizzontale, quale aspetto di sinergia necessaria di tutte le componenti del corpo sociale allo sviluppo della società, delle collettività e dei singoli.

## 2. Le teorie sui diritti sociali

In dottrina, la riflessione sui diritti sociali mostra la consapevolezza che si tratta di un oggetto d'analisi difficile da dominare, poiché involge il modello di società al quale si aspira, nella ricerca dell'equilibrio ordinamentale tra libertà, uguaglianza, e solidarietà<sup>6</sup>.

Nella ricchezza ed inesauribilità del dibattito, gli autori, tuttavia, sembrano mostrare matrici comuni: da un lato, prevale l'approccio in chiave storica, nell'ottica secondo la quale il tracciato concettuale dei diritti sociali diviene effettivamente comprensibile se considerato innanzitutto quale fenomeno storico nell'ordinamento, prima ancora che problema giuridico.

Invero, non può revocarsi in dubbio che tali diritti accompagnano l'evoluzione del costituzionalismo contemporaneo, la creazione, e l'attuale contrazione dei modelli di Welfare, la trasformazione della sovranità dello Stato nella

---

6. Sul punto, *ex multis*, il riferimento è agli approfondimenti di G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 755 ss.; G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, cit., 1082 ss.; L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali, e federalismo*, cit., 1 ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 97 ss.; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit.; B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, cit., 359 ss.; F. PALLANTE *I diritti sociali fra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, cit., 249 ss.; L. FERRAJOLI, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, cit., 25 ss.; A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, cit., 1 ss.; C. PINELLI, *"Social Card", o del ritorno alla carità di Stato*, cit., 1177 ss.; E. BALBONI, *Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 3 ss.; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, cit., 65 ss.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., soprattutto 1-137; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, cit., 873 ss.; A. BALDASSARE, *voce Diritti sociali*, cit., 1 ss.

democrazia politica, l'affermazione dello Stato di diritto, e l'attuale, indiscutibile revisione dei modelli di autorità dei pubblici poteri<sup>7</sup>.

Dall'altro, è necessario osservare che le letture più attente e condivise, anche quando si radicano su principi e argomenti che si pongono in termini di netta opposizione logico-giuridica, condividono l'impossibilità di attribuire uno statuto giuridico unitario alla categoria dei diritti sociali: in essa, sono ricomprese posizioni giuridiche differenti (anche nell'attitudine di distinguerli univocamente dalle c.d. libertà negative)<sup>8</sup>, e con il risultato di approdare ad opzioni interpretative diverse sul tessuto costituzionale di tali diritti, ora fondati sul principio di uguaglianza sostanziale (in relazione ai diritti riconosciuti ai soggetti economicamente e/o socialmente più deboli), ovvero sul principio pluralista (il riferimento è ai diritti sindacali ed ai diritti legati alla famiglia quali profili partecipativi alle formazioni sociali), ovvero sul principio personalista che individua nella dignità e nel pieno sviluppo della persona umana la matrice teorica esclusiva dei diritti sociali<sup>9</sup>.

Le incertezze definitorie e la difficile confrontabilità delle opinioni su cosa sono (la natura giuridica) e quali sono (o meglio, quali posizioni soggettive individuano) i diritti sociali, è originata dal contenuto di struttura non omogeneo che essi presentano, già a livello costituzionale.

Un dato acquisito al dibattito è che, accanto ai diritti il cui contenuto è caratterizzato dall'esistenza in capo ai singoli di una *facultas agendi* (ad esempio, il diritto dei genitori di scegliere l'educazione da impartire ai figli *ex art. 30 Cost.*), vi sono diritti, più numerosi, che si manifestano quale pretesa giuridica rivolta ad altri soggetti, prevalentemente pubblici, affinché questi pongano in essere comportamenti o condotte a favore dei titolari (ad esempio il diritto degli indigenti alla cure gratuite di cui all'*art. 32 Cost.*, ovvero il diritto all'assistenza ed alla previdenza di cui all'*art. 38 Cost.*).

Accanto a diritti immediatamente azionabili (al pari delle libertà fondamentali) ossia i diritti sociali che si esprimono, appunto, mediante una *facultas agendi* del titolare, vi sono diritti che presuppongono – per il loro concreto esercizio – un intervento normativo del legislatore e, mentre alcuni di questi

7. Su tutti, cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit..

8. Le rilevanti differenze nella definizione e nella comprensione del fenomeno sono analizzate, anche con riferimento al dibattito in seno alla Commissione Forti ed all'Assemblea costituente, nel lavoro monografico di B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., soprattutto 22–42, ove – nel capitolo introduttivo – si richiamano sinteticamente in chiave storica le posizioni di Ballardore Predieri, Foderaro, Barile, Berti, Martinez, Pergolesi, Crisafulli, Amorth, Mazziotti, Cicala, Lener, Rossano, Corso, Baldassarre, Luciani, Colapietro, Salazar. Sul punto, si veda anche A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 1 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 757 ss.

9. Sul punto, si vedano, anche per i compiuti riferimenti bibliografici, i percorsi ricostruttivi dei diversi orientamenti, ancora in L. R. PERFETTI, *op. ult. cit.*; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 489 ss.; A. GIORGIS, *voce Diritti sociali*, cit., 1903 ss.; A. BALDASSARE *op. ult. cit.*, 1 ss.; V. MOLASCHI, *op. ult. cit.*, 1–55.

necessitano di un intervento legislativo solo per la definizione del soggetto attivo (ad esempio, il destinatario dei trattamenti sanitari obbligatori, ovvero dei trattamenti sanitari speciali *off label*), altri richiedono la definizione normativa anche dell'oggetto (ad esempio, il diritto dei lavoratori alla formazione ed elevazione professionale)<sup>10</sup>, da cui, inoltre, discende l'organizzazione amministrativa o privata delle prestazioni dirette a liberare dal bisogno i destinatari<sup>11</sup>.

Sulla base di tali prime notazioni, l'indagine ha il suo principio nell'approfondimento delle posizioni dottrinali sui diritti sociali che hanno segnato un'incessante dibattito, che si rivela orientato su distinte prospettive d'analisi (dalle quali, in generale, può essere osservato, invero, qualunque fenomeno giuridico).

Segnatamente, dal punto di vista della giustizia, definire quali diritti devono essere (o è giusto che siano) stabiliti come sociali ha rimandato alla ricerca di criteri meta-etici, e meta-politici per l'individuazione del fondamento assiologico di quei valori o principi di giustizia dei quali si rivendica l'affermazione: in base a tali criteri o fondamenti, sono riconosciuti come diritti sociali tutti quei diritti la cui garanzia è necessaria a soddisfare quei valori e principi.

Mentre, dal punto di vista della validità, secondo il diritto positivo, l'interrogativo di tipo giuridico su quali sono i diritti sociali stipulati dalle norme di un dato ordinamento, ha sollecito risposte di tipo empirico-assertive sulla fonte o il fondamento giuridico positivo che, nei diversi ordinamenti, hanno quelle situazioni soggettive che sono appunto i diritti sociali; dal punto di vista dell'effettività, i diritti sociali sono stati indagati nella direzione di definire i processi ed il grado di effettività con cui s'affermano e sono garantiti nello spazio di uno o più ordinamenti.

Si tratta di un'impostazione che indirizza verso una risposta di tipo empirico-assertiva che, tuttavia, assume quale oggetto di riferimento non le norme, bensì ciò che, di fatto, si realizza nell'ordinamento in ordine alla tutela ed alla violazione dei diritti sociali in esso stabiliti<sup>12</sup>.

10. Cfr. A. GIORGIS, voce *Diritti sociali*, cit., 1904.

11. Cfr. G. CORSO, *op. ult. cit.*, 757 ss.

12. Come noto, tale distinzione è di L. FERRAIOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, 141-143. Segnatamente, l'A. (che approfondisce il tema anche in *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007, 39 ss.) distingue i quattro punti di vista e le classi di risposta per una definizione teorica dei diritti fondamentali, ma si tratta di riflessione che riguarda ogni fenomeno giuridico e che si è ritenuto utile utilizzare in relazione ai diritti sociali, quale oggetto di un antico ed ancora attuale dibattito che contiene ciascuna prospettiva e classe di risposta, anche secondo approcci disciplinari diversi. Si deve osservare che tale distinzione conduce l'A. (146-147) ad avvertire il rischio insito nella confusione e nella sovrapposizione dei punti di vista, da cui deriva la classificazione di quattro fallacie ideologiche che investono l'esperienza giuridica, e che sarebbero fonte di mistificazioni, falsi dissensi, e pseudoproblemi: «la fallacia idealistica o giusnaturalistica, consiste nella confusione del punto di vista assiologico esterno con quello giuridico interno, ossia nell'appiattimento di questo su quello. La seconda, che chiamerò fallacia etico-legalistica, consiste invece nell'opposta confusione del punto di vista del diritto positivo con quello della giustizia o della morale, ossia nell'appiattimento di questo su quello. La terza,

Si avrà modo di approfondire che le manifestazioni del pensiero giuridico non hanno sempre, con estrema chiarezza, mantenuto ferma la distinzione delle tre distinte dimensioni d'analisi.

### **2.1. I diritti sociali quale pretesa e strumento del principio di uguaglianza**

La categoria dei diritti sociali non compare in via principale – e dotata di autonomo rilievo – nelle elaborazioni dottrinali che si occupano del principio di uguaglianza sostanziale e delle funzioni sociali dello Stato, ma appaiono pur sempre rilevanti per l'esame delle teorie intorno ad essi.

In modo essenziale, può rilevarsi che tale linea interpretativa<sup>13</sup>. – pur nella varietà delle posizioni espresse – inquadra i diritti sociali come articolazione dell'uguaglianza sostanziale, considerata quale principio generale di organizzazione della convivenza (art. 3, comma 2, Cost.) che, componendosi di tre aspetti concorrenti e complementari – i) la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana; ii) l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese; iii) e la tutela degli interessi sovra individuali – ricomprende nel primo profilo la collocazione dei diritti sociali e la loro sostanziale realizzazione<sup>14</sup>.

---

che chiamerò fallacia normativistica, consiste nella confusione del punto di vista giuridico con quello fattuale, ossia nell'appiattimento di questo su quello. Infine la quarta fallacia, che chiamerò fallacia realistica, consiste nella confusione inversa del punto di vista fattuale con quello giuridico, ossia di nuovo, nell'appiattimento di questo su quello».

13. Cfr. P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987, 581; ed il rinvio a quest'opera operato dalla riflessione giuridica sui diritti sociali contenuta in L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., che (in nota 38) rileva come l'A. già nell'opera fondamentale *Le Libertà fondamentali* (Padova, 1966, 21 ss.) aveva dato rilievo ai diritti sociali, collegandoli ai diritti fondamentali e, tuttavia, la loro «enunciazione accanto alle libertà tradizionali gli era parsa consistere nella enunciazione di tendenze costituzionali all'affermazione della necessità di un certo grado di benessere economico, di elevazione sociale, di uguaglianza in senso sostanziale, garantito o quanto meno promesso all'individuo», con l'ulteriore sviluppo di assegnare ai diritti sociali una funzione promozionale dello Stato sociale (in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 15 ss.)

14. In senso conforme, B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., 64 ss., che aderendo all'impostazione interpretativa richiamata rileva che «in una società eterogenea e diseguale, dunque l'effettivo godimento ed esercizio dei tradizionali diritti di libertà e dei diritti di partecipazione politica non è assicurato se non togliendo dal "bisogno" economico; l'esercizio e il godimento delle "libertà di" è assicurato solo garantendo adeguate "libertà da". Si spiega così perché il secondo comma dell'art. 3 sia stato visto come la cerniera fra le due categorie di diritti democratici, quelli di partecipazione e quelli sociali, e perché di questi ultimi la grande maggioranza della dottrina veda nel capoverso dell'articolo che ci interessa il fondamento costituzionale il diritto sociale, infatti, è – quanto meno – in senso oggettivo, l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, allo scopo di assicurare l'eguaglianza delle situazioni, malgrado la differenza delle fortune, in senso soggettivo, il diritto generale di ciascun cittadino a partecipare ai benefici della vita associata, il quale si rifrange in specifici diritti a prestazioni, dirette e indirette, da parte dei pubblici poteri. (...) Funzione dei diritti sociali – si dice, infatti – essenzialmente quella di garantire ad ognuno, a integrazione delle libertà

In termini generali, il significato essenziale del principio di eguaglianza sostanziale (ed il suo valore all'interno dell'ordinamento) sono stati ampiamente indagati dalla dottrina la quale ha posto in evidenza la distinzione tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale quale strumentale profilo d'indagine (a prescindere dagli esiti ricostruttivi che, anche in ordine al fondamento ed alla natura giuridica dei diritti sociali, appaiono tra loro differenziati), cogliendone la riunificazione storica e la necessaria sovrapposizione nell'attuale percorso della democrazia.

Come è largamente noto, il giudizio di eguaglianza formale impone di trattare in modo diverso situazioni diverse, (ossia le situazioni di chi è socialmente favorito e di chi è sfavorito), mentre quella sostanziale impone una verifica fattuale e l'adozione di misure che, in concreto, tengano conto della situazione di vantaggio e svantaggio alla luce di valori di giustizia sociale che debbono indirizzare il giudizio.

Allo stesso modo, è più che noto che le Costituzioni del secondo dopoguerra, mentre esprimono sia la consapevolezza dello scarto tra l'idea di democrazia e la realtà dei limiti oggettivi alla sua realizzazione, che quella dell'insufficienza della proclamazione dei diritti civili e politici, introducono garanzie e tutele, obiettivi e compiti, che sono propri del principio di eguaglianza in senso sostanziale.

Dottrina molto autorevole, riferimento necessario per chi voglia occuparsi del nostro tema, ha posto in luce come intorno a questo principio «si coagulano gli sforzi per dare alla democrazia il sangue e la carne che le sole regole – pur decisive – del processo democratico non sono in grado di offrirle.»<sup>15</sup>

Nella lunga stagione dell'eguaglianza sostanziale<sup>16</sup>, occorre attendere la

---

politiche, quel minimo di giustizia sociale ossia di benessere economico, che appare indispensabile a liberare i non abbienti dalla schiavitù del bisogno e a metterli in condizione di potersi valere anche di fatto di quelle libertà politiche che di diritto sono proclamate come uguali per tutti.». In tal modo, l'A. si richiama espressamente alla posizione di M. MAZZIOTTI, voce *Diritti sociali*, cit., 1 ss.; e di P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, ora in *Scritti politici*, N. BOBBIO (a cura di) Firenze, 1966, II, 383.

15. Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 113.

16. Per la sintesi dell'evoluzione del principio dell'eguaglianza sostanziale, come richiamata nel testo, il riferimento è al pregevole contributo di A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, cit., VII ss; U. ROMAGNOLI, *Il principio dell'uguaglianza sostanziale*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 162 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., soprattutto 230-236 e 489-562; B. CARAVITA, *Tra crisi e riforme. Riflessioni sul sistema costituzionale*, cit., 163-194. Inoltre, sul tema, anche l'apprezzato contributo di A. BALDASARE, *op. ult. cit.*, 12, al quale si deve anche l'attento rilievo secondo cui, sgombrando il campo da ideologismi, e da visioni estreme che identificano l'art. 3, cpv. una supernorma diretta a permettere la transizione verso una situazione di "eguaglianza di punti di arrivo" ovvero l'espressione della negazione dei principi liberali democratici su cui si fonda altresì la costituzione a favore del socialismo, è da intendersi come «una delle più lucide definizioni del principio di uguaglianza in una democrazia pluralista: si tratta di un principio che si oppone nettamente a quello, proprio del tradizionale Stato liberale, dell'eguaglianza puramente formale (tanto che in nessuna costituzione liberale se ne può trovare un qualche parallelo), quanto a quello, tipico dell'ideologia socialista, coincidente con una totale giustizia



prima fase dell'esperienza repubblicana per considerare tale principio come obiettivo finale di tutto il processo di attuazione costituzionale, poiché nella fase successiva agli anni Settanta, s'afferma il condizionamento dettato dal valore costituzionale del mercato, e l'asse problematico dei diritti sociali si sposta sul tema del loro bilanciamento con altri diritti e con le compatibilità finanziarie, fino agli esiti più recenti che fanno ipotizzare un ritorno alla carità dello Stato<sup>17</sup>.

---

distributiva (secondo i bisogni oppure secondo i meriti). L'art. 3 cpv., in coerenza con l'ideale della democrazia come metodo (o pluralista), non contiene alcun modello sostanziale di giustizia distributiva (...) si limita a presupporre la possibilità che il gioco spontaneo delle forze sociali possa creare sproporzioni nella distribuzione dei poteri e delle risorse sociali e che, per contrastare tale eventualità che può ostacolare gli obiettivi fondamentali dell'autorealizzazione personale (libertà positiva) e dell'uguaglianza, autorizza i poteri pubblici a intervenire in funzione correttiva e riformatrice. Ciò non toglie che è altrettanto grande la distanza che separa l'art. 3 cpv. dalla concezione tradizionale che lo ipotizza coincidente, in pratica, con l'uguaglianza formale. Esplicità, è infatti, in quest'articolo la funzionalizzazione del concetto di uguaglianza ivi espresso ai fini congiunti dell'autorealizzazione personale (non già alla mera libertà naturale o negativa) e della partecipazione dei lavoratori (qualunque sia il senso da dare a questa espressione) all'organizzazione economica, sociale, politica: si tratta, cioè di obiettivi che stanno fuori da ogni possibile portata dell'uguaglianza formale (che come è noto, è connessa all'idea della libertà negativa) e che giustifica, anche se non si esaurisce in essi, i diritti di libertà positiva e i diritti (sociali e politici) di partecipazione democratica che Leibholz (ma non solo lui) riteneva inconciliabili con il principio di eguaglianza sostanziale».

17. Il riferimento è al contributo di C. PINELLI, *"Social Card" o del ritorno alla carità dello Stato*, cit., 1177 ss., nel quale l'A. affronta il tema dell'eguaglianza sostanziale con riferimento ai diritti sociali in occasione dell'entrata in vigore dell'art. 81, comma 32, l. 6 agosto 2008, n. 133, che ha introdotto una "carta acquisti" per i cittadini più poveri (cd. social card): "In considerazione delle straordinarie tensioni cui sono sottoposti i prezzi dei generi alimentari e il costo delle bollette energetiche, nonché il costo per la fornitura di gas da privati, al fine di soccorrere le fasce deboli di popolazione in stato di particolare bisogno e su domanda di queste, è concessa ai residenti di cittadinanza italiana che versano in condizioni di maggior disagio economico, individuati ai sensi del comma 33, una carta acquisti finalizzata all'acquisto di tali beni e servizi, con oneri a carico dello Stato". La previsione della "concessione" della suddetta carta presenta, ad avviso dell'A., immediate implicazioni costituzionali e una portata potenzialmente dirompente nell'evoluzione delle politiche sociali, nella misura in cui essa introduce nel diritto positivo il principio che una prestazione pubblica relativa all'assistenza sociale è destinata ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere non è oggetto di un "diritto" di costui, come vuole l'art. 38 Cost., primo comma, ma appunto di un beneficio derivante da una concessione dello Stato (1178). Da qui, l'A. traccia l'evoluzione dell'eguaglianza sostanziale, fino alla fase critica segnata dall'ultima stagione del diritto positivo. Sul punto, v. l'analisi di V. BERLINGÒ, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, cit., soprattutto nella parte in cui si rileva che, da un lato, il tema del riconoscimento dei diritti sociali offre spunti di rilevante interesse per un'approfondita riflessione, avendo la storia dimostrato che proprio in coincidenza di particolari situazioni di crisi, la tutela dei diritti sociali ha contribuito ad assicurare un sempre maggiore rilievo alla dimensione interiore dei soggetti, scandendo la "trasformazione" in persona dell'uomo astratto, posto al centro delle dichiarazioni dei diritti settecentesche (144). Dall'altro la riflessione sul confronto tra giustizia e carità, conduce l'A. ad una valorizzazione della carità, nella direzione che affida un compito impegnativo e prioritario ai giuristi contemporanei: «non tanto un sostegno (minimo e) legale per questa o quella esigenza etica particolare, sottesa ai singoli diritti, quanto procedere ad una rifondazione morale della cultura giuridica, in grado di offrire cittadinanza a quella concezione ("massimizzata") della felicità (e dignità) umana che viene fatta coincidere con la ricchezza degli apporti interpersonali e sociali e



Sul piano dell'evoluzione storica, appare utile osservare che, salva l'esperienza tedesca della Costituzione di Weimar del 1919 (ripresa dalla Costituzione spagnola del 1931 e da quella Irlandese del 1937), la costituzionalizzazione dei diritti sociali negli Stati di origine liberale è avvenuta soltanto con le carte costituzionali emanate in Europa nel secondo dopoguerra<sup>18</sup>.

È noto che, anche sulla scorta dell'elaborazione di epoca weimariana, le prime definizioni giuridiche dei diritti sociali e la considerazione della distinzione rispetto ai diritti di libertà tradizionali, definiti come diritti fondamentali e costituzionali in senso proprio, collocano i primi in una posizione di maggiore debolezza, facendone delle declinazioni del principio di uguaglianza.

---

con la capacità di un pieno sviluppo della personalità propria ed altrui con larga enfasi (posta) sulla comunità, la c.d. "etica delle capacità". Di questo si tratta: vi è il pericolo che tale cultura e l'etica da essa indotta risultino trascurate, relegando i diritti sociali ad una tutela intesa in senso riduttivo, in grado di fornire risposte alle sole istanze di uguaglianza formale e di sicurezza sociale, imposte da un perenne stato di emergenza.»(151-152). Sulla nozione di etica delle capacità, l'A. fa riferimento alla posizione elaborata da S. F. MAGNI, *Etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, Bologna, 2006. Sulle forme di povertà, individuale e aggregata, sulle caratteristiche del sistema italiano e sulle politiche pubbliche sulle disuguaglianze da attenuare e/o compensare, recentemente, il lucido contributo di B. G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, cit., 359 ss., nel quale l'A. evidenzia la passata tendenza riduttiva e frammentaria della legislazione italiana rispetto alla povertà come condizione di disuguaglianza, e fatto sociale ed economico, e il recente approdo all'universalismo ed all'affrancamento del bisogno come contenuto del diritto del cittadino o come suo presupposto: precisamente, dal punto di vista dell'A., «il legislatore si è raramente preoccupato dei poveri in quanto tali, di tutti i poveri; molto più spesso, si è preoccupato di singole categorie di deboli, la cui debolezza è accentuata dall'eventuale povertà. Ciò era vero prima della Costituzione, quando la legge prevedeva specifiche prestazioni da riservare ai poveri, ed è vero in epoca costituzionale, dominata da discipline frammentarie. Questo approccio è coerente con la più generale tendenza alla micro legislazione propria del legislatore italiano, che preferisce procedere per specie piuttosto che per generi, per deroghe piuttosto che per regole. Un approccio che ha ovviamente contribuito all'assenza di una vera protezione generale contro la povertà e ha impedito una considerazione unitaria dei bisogni dei soggetti deboli. Non è mancata, peraltro, soprattutto negli ultimi decenni, una tendenza o aspirazione all'universalismo, basata sull'idea dell'affrancamento dal bisogno come contenuto del diritto di cittadinanza o come presupposto per il suo diritto. Questa tendenza è affiorata in diversi atti normativi: la previsione del reddito minimo di inserimento (art. 59, co. 47-48, l. n. 449/1997), i principi della legge quadro del 2000, la previsione costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni, la previsione legislativa del reddito di ultima istanza (art. 3, co. 101, l. n. 350/2003), quella della c.d. social card (art. 81, co. 32, l. n. 133/2008)». Inoltre, sul tema, si veda il fondamentale contributo di S. CASSESE, *L'incompletezza del "Welfare State" in Italia*, in *Pol. dir.*, 1986, 259 ss. Per un'approfondita e puntuale recente analisi sulle trasformazioni dei Welfare state tra dimensione nazionale ed Unione europea, si veda, oltre F. CANCELLA, *Servizi di Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, cit., soprattutto i contributi di M. FERRERA, *NeoWelfare liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e Mercato*, 2013, 3 ss.; B. PALIER, *Social policy paradigms, Welfare state reforms and the crisis*, ivi, 37 ss.; C. SARACENO, *Trasformazioni dei Welfare state e/o spostamenti discorsivi. Un commento*, ivi, 67 ss.; D. NATALE, *Le fondamenta normative del Welfare state: lo stato dell'arte e nuove prospettive di ricerca. Un commento*, ivi, 81 ss.

18. Per un approfondimento in chiave storica, *ex multis*, si veda la ricostruzione di A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 3-6, sulla tensione giuridica e ideologica tra diritti di libertà e diritti sociali, teorizzata in Germania a far data dall'avvento della Costituzione di Weimar del 1919, e diffusa in Francia ed in Italia nella prima fase dell'esperienza costituzionale democratica.

Un primo, ampio, fronte interpretativo modula il tema del principio di uguaglianza con riferimento (alle norme relative a) ai diritti sociali nel senso che le disposizioni costituzionali che assicurano ad essi protezione sarebbero premesse, indicazioni, o direttive (c.d. *Programmsätze*) al legislatore potendo, poi, quest'ultimo, nella sua (allora ritenuta) discrezionalità adottare precetti normativi contenuti in leggi formali attraverso le quali farne diritti veri e propri.

In questi termini, i diritti sociali sono “diritti legali”, ossia pretese che divengono diritti solo e soltanto a fronte della loro protezione da parte della legge ordinaria (*gesetzkraftige*).<sup>19</sup> Secondo una diversa modulazione di quest'impianto, invece, le disposizioni costituzionali che proteggono i diritti sociali sarebbero norme di principio, vincolanti il legislatore ordinario (*Staatszielbestimmungen oder Gesetzgebungsaufträge*), sicché questi diviene responsabile della loro attuazione, compito al quale sarà tenuto – sia pure conservando discrezionalità in ordine a modi e tempi dell'intervento – giacché si tratta di norme qualificanti l'ordinamento, e segnatamente, la forma di Stato<sup>20</sup>.

Queste impostazioni, tra loro diverse ma convergenti nel costruire i diritti sociali come pretese o aspettative verso il legislatore soltanto, sono largamente invalse a seguito dell'entrata in vigore delle costituzioni democratiche ed hanno contribuito a consolidare – e per certi versi radicalizzare – la distinzione netta tra diritti sociali e libertà.

Questi due elementi (i diritti sociali sono pretese nei confronti del legislatore ed hanno struttura inconciliabile con quella delle libertà) portano quasi naturalmente al collegamento con la distinzione tra Stato di diritto liberale e Stato sociale: se i classici diritti fondamentali si basano sull'idea di libertà negativa e quelli sociali sull'idea democratica di eguaglianza, tra di essi viene considerata esistente una tensione necessariamente irrisolvibile (*unaufhebbar*), nella quale soltanto la libertà – e non già – l'eguaglianza costituisce una posizione originaria<sup>21</sup> o, comunque, immediatamente agibile.

19. Sul punto, v. G. ANSCHUTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 14<sup>o</sup> ed.; Berlino, 1933, 584 ss.; R. THOMA, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechten und Pflichten*, in G. ANSCHUTZ, e R. THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, II, Tübingen, 1932, 616 ss.; nell'ottica dell'inquadramento dei diritti sociali anche quale espressione del compromesso ideologico tra liberalismo e socialismo, v. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Monaco-Leipzig, 1928, 212 ss.; Id., *Grundrechte und Grundpflichten* (1932) ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlino, 1958, 169 ss.

20. Si veda W. KASPEL, *Arbeitsrecht*, 2<sup>o</sup> ed., Berlino, 1925, 53 ss., Wieruszowski, in H.C. NIPPERDEY (a cura di), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, I, Berlino, 1930.

21. È noto che l'elaborazione più organica di tale orientamento interpretativo si deve a G. LEIBHOLZ, *Strukturwandel der modernen Demokratie* 1952, ora in *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3<sup>o</sup> ed., Karlsruhe, 1967, soprattutto, 67 ss., 130 ss.; per altre riformulazioni di tale teoria, *ex multis*, v. E. FRIESENHAHN, *Die politischen Grundlagen im Bonner Grundgesetz*, in *Recht-Staat-Wirtschaft*, II, Stuttgart, 1950, 178 ss.; O. BACHOF, *Freiheit des Berufs*, in BETTERMAN, NIPPERDEY, SCHEUNER, (a cura di), *Die Grundrechte*, III, Berlino, 1958, 169 ss., E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, 1964, trad. it., Milano,

Il radicamento dei diritti sociali nel principio di uguaglianza sostanziale ha portato con sé la costruzione di un sistema concettuale di opposizioni (tra libertà e diritti sociali, tra *Rechtstat* e *Welfare*, tra garanzie formali e sostanziali, tra posizioni immediatamente agibili ed altre in attesa di decisioni del legislatore) che ha finito per far concepire i diritti sociali come pretese in attesa di espansione (attesa da parte del legislatore) e di successiva attuazione da parte dell'amministrazione dello Stato.

Per questa via, i diritti sociali vengono qualificati come diritti di partecipazione democratica, concessi dallo Stato attraverso la graduazione concreta stabilita dal legislatore.

Il diritto sociale, sotto diverso profilo, viene altresì definito come l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato interviene ed attua la funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, allo scopo di assicurare l'uguaglianza delle situazioni malgrado la differenza delle fortune (in senso oggettivo); ed al contempo (in chiave soggettiva) quale diritto di partecipazione sociale ai benefici della vita associata mediante le prestazioni rese dai poteri pubblici<sup>22</sup>.

In questi termini, i diritti sociali si discostano dalla categoria del diritto soggettivo perfetto, perdono l'azionabilità in giudizio e, quale domanda di prestazioni pubbliche, si correlano alle scelte politiche di attuazione del Welfare<sup>23</sup>,

---

1973; G. AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, 84 ss.; C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 18 ss., e 62 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, 8° ed., Napoli, 1968, 747 ss.; G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1973, 124 ss.

22. Sul punto, si veda B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale*, cit., soprattutto 1-136; si veda anche l'analisi storica di B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 35 ss.

23. Cfr. A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, cit., 20 ss., il quale, nell'affermare il fondamento egualitario quale ragion d'essere dei diritti sociali, e nel definire il principio di uguaglianza quale standard di godimento dei diritti, pone l'attenzione sulla definizione dei criteri di accesso ai benefici, ossia dei criteri per le assegnazioni di beni e servizi che realizzano le "ineguaglianze giuste" quale momento centrale del gioco relativo alla funzione distributiva del Welfare in vista dell'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale. Anche per l'A., i modi di svolgimento dei diritti sociali sono condizionati dalla sostenibilità organizzativa e finanziaria: «Perché, se la vocazione universalistica connota in astratto, cioè come conformazione generale del sistema, e quindi *ex ante*, le organizzazioni di Welfare laddove queste hanno conseguito più forte radicamento istituzionale e sociale, questa vocazione tende poi spesso a diversificarsi all'interno dello stesso sistema tra i singoli settori (ad es., nel sistema italiano è più evidente e risalente tale vocazione nei settori dell'istruzione – almeno per quella inferiore, ai sensi dell'art. 34 Cost. – e della sanità, ex l. n. 833/1978, seppure poi qui erosa quanto a gratuità delle prestazioni) e soprattutto poi finisce per concretizzarsi *ex post* in una selettiva necessaria delle prestazioni e dei regimi di finanziamento a causa della limitatezza delle risorse disponibili, sia quanto a soggetti ammessi alla fruizione sia quanto a graduazione della gratuità degli accessi sia quanto a determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. Del resto, i modi di svolgimento dei diritti sociali e i problemi di sostenibilità organizzativa e finanziaria dei sistemi di Welfare sono pur sempre questioni che producono effetti a largo raggio e che toccano interessi di terzi e interessi collettivi». Per questa via, il "bisogno" ed il "merito" e le loro graduazioni sono considerati i criteri principali secondo i quali viene parametrato il profilo della "doverosità" di prestazione insito nella costruzione di un sistema di Welfare secondo un principio di responsabilità sociale che si spinga oltre la stessa logica solidaristica, per la realizzazione di una società fondata su *dignitary standard*, ove gli stessi diritti sociali campeggiano

e solo nella direzione segnata dal legislatore, quale involucro dell'uguaglianza, diventano posizioni soggettive, e la loro tutela ha una dimensione di effettività nell'ambito del sindacato relativo alla costituzionalità della legge che li dispone<sup>24</sup>.

**2.2. I diritti sociali quali interessi occasionalmente protetti, oggetto delle norme costituzionali programmatiche vincolanti il legislatore, l'Amministrazione, ed il giudice delle leggi in funzione direttiva o obbligatoria**

Sul terreno strettamente dogmatico, le letture che fondano i diritti sociali sull'uguaglianza sono state declinate diversamente nei decenni successivi, valorizzando il profilo del vincolo nei confronti del legislatore derivante dai principi fondamentali da cui deriverebbero i diritti sociali, quali peculiari proiezioni di norme costituzionali non direttamente applicabili e vincolanti.

Tra le autorevoli voci del dibattito, assume rilievo l'orientamento<sup>25</sup> che inquadra i diritti sociali quali aspettative, caratterizzate da un "significato propriamente giuridico", che trae origine dall'imposizione – stabilita dalle norme programmatiche – all'emanazione di certe leggi, al compimento di certe riforme, all'attuazione pratica di un certo programma di azione statale.

Si tratta, invero, di una definizione della natura giuridica dei diritti sociali ancorata alla prospettiva che intende le norme costituzionali programmatiche come norme che non «regolano direttamente le materie cui pure si riferiscono, ma regolano propriamente l'attività statale in ordine a dette materie: hanno ad oggetto immediato comportamenti statali, e soltanto mediatamente e, per dir così, in secondo grado quelle certe materie»<sup>26</sup>.

Ed in tal modo, fa dipendere dalla loro osservanza da parte degli organi statali la soddisfazione di certi interessi, che per l'innanzi non avevano alcuna distinta rilevanza giuridica, erano cioè interessi meramente di fatto<sup>27</sup>.

---

piuttosto come "libertà sociali"». Sul punto, inoltre, E. BALBONI, *I servizi sociali*, in G. AMATO e A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, III, *L'azione dei pubblici poteri*, V° ed., Bologna, 1997, soprattutto 168 ss. Inoltre, v. G. CICALA, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1965, per la ricostruzione che coglie i diritti sociali nella situazione soggettiva del gruppo (sindacato, partito politico,..) e, nell'esistenza del diritto sociale, la crisi del diritto soggettivo.

24. Per un'approfondita analisi critica delle teoriche che ricostruiscono i diritti sociali come pretesa all'uguaglianza, v. L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., 15 ss.; inoltre, v. B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, soprattutto 19 ss.

25. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

26. Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 75.

27. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 75 ss. L'A. abbandona la teoria della bilateralità della norma giuridica – criticata dalla prevalente dottrina giuspubblicistica – e affronta la questione della rilevanza delle situazioni soggettive positive o di vantaggio derivanti dalle norme programmatiche sostenendo una particolare applicazione della categoria concettuale dell'interesse legittimo (77-79). A tal fine, utilizza il riferimento argomentativo della garanzia costituzionale del diritto al lavoro: «Sempre, quale che sia il regime politico-sociale e il diritto positivo, il disoccupato ha in-

Si deve rilevare che la struttura delle situazioni soggettive correlate alle norme programmatiche è espressamente considerata «analoga a quella, ben nota alla scienza ed alla pratica del diritto amministrativo, degli interessi legittimi e consistente in un vantaggio derivante a soggetti determinati come risultato delle norme che impongono al titolare di un potere l'osservanza di date modalità e condizioni nell'esercizio di esso»<sup>28</sup>, nella prospettiva secondo la quale «la figura degli interessi legittimi non è esclusivamente propria del diritto amministrativo e (...) nulla vieta di ritrovarne altre, particolarmente significative, nel diritto costituzionale.»<sup>29</sup>

Accanto tale ricostruzione (che nega espressamente la consistenza di diritto soggettivo ai soggetti titolari del bene protetto dalle norme costituzionali programmatiche, e rimanda ad una sorta di applicazione analogica della categoria dell'interesse legittimo), si collocano posizioni intermedie che argomentano diversamente la mancanza di precettività delle norme costituzionali sui diritti sociali.

Da un lato, s'è affermato il rilievo delle norme programmatiche quali matrici di orientamento direttivo della legislazione ordinaria e canone di interpretazione del diritto vigente, tuttavia, sulla base dell'idea che la questione dell'applicabilità o meno delle norme sociali e della loro capacità di attribuire immediatamente diritti soggettivi – imponendo correlativamente doveri – sia un tema non affrontabile a priori ed in via generale, in ragione della mancanza di omogeneità dei contenuti costituzionali sui diritti sociali<sup>30</sup>.

Dall'altro, la determinazione costituzionale dei diritti sociali a mezzo di espressioni ritenute contrassegnate da ampi margini di vaghezza, e perciò pas-

---

teresse, in linea di fatto, a trovare una occupazione remunerata; ma questo suo interesse può assumere, a secondo dei vari ordinamenti giuridici, altrettante diverse qualificazioni dogmatiche. Può restare un interesse di fatto, giuridicamente irrilevante: come avviene negli ordinamenti di tipo liberale puro, in cui lo Stato restringe al minimo i suoi interventi nella sfera della società civile, limitandosi a garantire il preteso libero esplicarsi delle forze economiche, la libertà dell'iniziativa privata e il rispetto delle regole del gioco. Può essere al contrario, oggetto di apposita e specifica tutela da parte dell'ordinamento, che appresti i mezzi atti a darvi concreta soddisfazione, assurgendo allora a vero e proprio diritto soggettivo perfetto: come avviene per il diritto al lavoro nel quadro dell'ordinamento sovietico. Può essere, infine, protetto bensì dall'ordinamento, ma, com'è appunto il caso del nostro art. 4, in modo indiretto e mediato, attraverso l'imposizione di un vincolo alla discrezionalità delle funzioni statali di indirizzo politico, legislativa ed amministrativa: in quanto, cioè, lo Stato sia costituzionalmente obbligato ad apprestare i mezzi necessari per darvi adeguata soddisfazione e quindi anche a porre le norme giuridiche necessarie. Certo, finché tali mezzi non siano effettivamente istituiti ed operanti, il "diritto al lavoro" non è ancora un diritto soggettivo perfetto, nell'accezione più comune e ormai tradizionale; e tuttavia esso viene già a rivestire, in base alla norma costituzionale programmatica, un significato propriamente giuridico che senza di questa non avrebbe avuto, e che prima di questa non aveva» (75-76).

28. Come noto, l'A. fa riferimento alla definizione di interesse legittimo di G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Pisa, 1945, 66 ss.

29. Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 77.

30. Cfr. F. PERGOLESI, *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee*, Firenze, 1946, 7 ss.

sibili di plurime interpretazioni, è l'argomento comune con l'impostazione teorica che, in termini generali, valorizza il riconoscimento dell'efficacia giuridica delle norme costituzionali in materia sociale, che si dispiega nella legislazione d'attuazione, senza tuttavia cogliere (nella legislazione d'attuazione in materia sociale) il fondamento della configurazione della pretesa nei termini del contenuto e della forma del diritto soggettivo, dell'interesse legittimo, ovvero dell'interesse occasionalmente protetto<sup>31</sup>.

Ancora, per altri, l'affermazione dei diritti sociali – “sia pure soltanto programmatica” contenuta nel testo costituzionale – ha valore giuridico tanto nei confronti del legislatore, impegnato a realizzarla tempestivamente con le indispensabili norme di dettaglio, quanto nei confronti del pubblico amministratore, che alla medesima deve ispirarsi nell'esercizio della sua attività discrezionale. Ma l'individuazione delle pretese nei termini di diritti di prestazione (“ad ottenere prestazioni di attività o cose, nell'ambito economico-sociale, da chi esercita una pubblica funzione”) si accompagna alla considerazione secondo la quale le stesse non sempre raggiungono la salda consistenza di vero e proprio diritto soggettivo, mentre, più spesso, si configurano quali interessi legittimi, la cui soddisfazione è subordinata alla previa tutela dell'interesse generale, ovvero quali meri interessi semplici<sup>32</sup>.

In questo filone interpretativo, s'innesta la posizione che ha maggiormente insistito sulla centralità del ruolo del legislatore nella materia dei diritti sociali, individuando lo Stato legislatore quale destinatario immediato e controparte delle situazioni soggettive riconosciute dai Titoli II e III della Costituzione: «la prestazione amministrativa del servizio (o l'ammissione amministrativa al servizio) richiede un momento preliminare di organizzazione del servizio, corrispondente ad una determinazione legislativa: in rapporto a questo momento organizzativo (e pregiudizialmente legislativo) il privato non dispone di un diritto o di altra situazione soggettiva tutelabile»<sup>33</sup>. tale per cui i beni, fini, e compiti individuati – sul piano costituzionale – dei diversi e numerosi diritti sociali non vengono intese come “convertibili” in norme attributive di diritti<sup>34</sup>.

31. A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, soprattutto 12–87. In particolare, il tema della struttura della posizione giuridica soggettiva è affrontato dall'A. evidenziando che le norme costituzionali «quando pure esse si siano dispiegate in norme legislative (...) fissando una configurazione essenziale di determinati istituti o avviando una determinata regolamentazione di una certa materia, attribuiscono a questa e a quelli una “rilevanza costituzionale» (30).

32. Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Diritti sociali*, cit., 759–762.

33. Cfr. C. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 762.

34. Cfr. G. CORSO, *op. ult. cit.*, 756. In particolare, l'A. evidenzia il rilievo della fase pregiudizialmente legislativa e giunge all'affermazione secondo cui «impresso nel calco del diritto civico (nato come sottospecie del diritto pubblico soggettivo), rischia di vedere evaporare la propria natura di diritto (soggettivo): i diritti civili – diritti a prestazioni amministrative – non vengono considerati, infatti, diritti soggettivi e, in qualche caso, neppure interessi legittimi». Sul punto l'A. si riferisce a A.M. SANDULLI, *Note sulla natura dei diritti*

Nell'ambito del dibattito che muove dalla natura programmatica delle norme costituzionali sui diritti sociali, l'evocazione di tale ancoraggio, ai fini della distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali (c.d. di partecipazione), approda, altresì, alla ricostruzione della categoria come diritti affidati al legislatore ed all'amministrazione, vincolati a tradurre i principi che se ne possono desumere.

In questa direzione, emergerebbe l'impossibilità giuridica di una codificazione fissa e regolabile a priori, se si nega la possibilità di tipizzare il contenuto di tali diritti, che avrebbero bisogno della graduazione e della differenziazione dei beneficiari delle prestazioni, dei soggetti passivi, e dell'oggetto delle pretese, potendo assumere un significato ragionevole nei limiti di ciò che, nel caso singolo, si dimostra adeguato, necessario e possibile: in tal senso, parte della dottrina ha evidenziato il ruolo del legislatore e dell'amministrazione, deputati ad intervenire per dare contenuto concreto al diritto al lavoro, all'assistenza, all'istruzione, alla formazione professionale, all'insegnamento, alla tutela della famiglia, della maternità e della gioventù, che non si ritiene possano essere contenuti in una norma astratta e pronta per l'esecuzione<sup>35</sup>.

Come si è visto, negli orientamenti richiamati, la fase significativa dell'attuazione legislativa assume il connotato fondamentale d'essere considerata elemento costitutivo di struttura dei diritti sociali, dal quale dipende la variegata codificazione della categoria – non omogenea – dei diritti di protezione sociale, che non sempre raggiungono la consistenza (almeno) della soglia minima dell'interesse occasionalmente protetto o del-l'interesse costituzionalmente protetto<sup>36-37</sup>.

---

*civici*, in *Foro it.*, 1952, I, 1344 ss.; Id., *Brevi osservazioni in tema di pretese private all'esercizio delle funzioni pubbliche*, in *Giust. Civ.*, 1960, I, 2091. Sui diritti pubblici soggettivi, si veda, inoltre, anche per i riferimenti bibliografici A. BALDASSARE, voce *Diritti pubblici soggettivi*, cit., 1 ss.

35. Cfr. FOHRSTOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, C. AMIRANTE (a cura di), Milano, 1973, 47. Per un'analisi critica della posizione dell'autorevole giurista allievo di Schmitt, e della subordinazione dello Stato sociale allo Stato di diritto, si veda L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, cit., 873 ss.

36. In questa prospettiva, L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., 18 ss.

37. È noto che, storicamente, il tema della costituzionalizzazione dei diritti sociali era già emerso in modo assai articolato nel corso dei lavori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato", conosciuta come Commissione Forti – dal nome del suo presidente – istituita nell'autunno del 1945 dal Ministro per la Costituente Pietro Nenni, cui era stato affidato il compito di elaborare una relazione organica quale supporto per i lavori dell'Assemblea Costituente. In particolare, il tema dei diritti sociali venne assegnato alla Prima Sottocommissione (Problemi costituzionali), con la denominazione di "Diritti dei cittadini in riferimento all'epoca moderna e all'assetto sociale attuale" (per un approfondimento dei contenuti dei lavori, cfr. *Alle origini della Costituzione italiana*, G. D'ALESSIO, (a cura di), Bologna, 1979). La relazione preliminare affidata a M.S. Giannini (e discussa nelle sedute del 15 e 17 giugno 1946) supera la contrapposizione tra diritti di libertà e diritti sociali, e l'artificialità dei secondi; riconosce, in linea astratta, differenti linee di costruzione della categoria, ma valorizzando la connessione con il principio di uguaglianza sostanziale, e con quattro oggetti di tutela quali la persona umana, la famiglia, il



Nel più recente dibattito, merita apprezzamento una lucida critica rispetto le diverse riproposizioni di una lettura "svalutativa" della Costituzione, che conterebbe disposizioni non immediatamente applicabili, ovvero che invocherebbe, in termini condizionanti, l'*interpositio legislatoris* per definire il contenuto del diritto medesimo, le caratteristiche di *status* (anche economico) dei soggetti titolari dei diritti sociali, l'articolazione amministrativa, ed i procedimenti di programmazione e gestione, finalizzati alla concreta erogazione dei beni e servizi.

In particolare, gli argomenti di censura attengono agli esiti interpretativi e gli effetti complessivi sull'ordinamento e i suoi principi che ne deriverebbero: «sostenere che la presenza di una puntuale disciplina sia una *condicio sine qua non* per l'effettiva azionalibilità dei diritti sociali significherebbe, in ultima analisi, vanificare gran parte del diritto costituzionale contemporaneo: anziché sottrarre alla politica la decisione in ordine alla redistribuzione di alcuni beni, si affiderebbe ad essa la più ampia libertà in proposito. Affermare, in altri termini, l'esistenza di una riserva di legge anche in materia di definizione del contenuto (costituzionalmente garantito) del diritto di accedere a beni e servizi essenziali significherebbe ribaltare la stessa *ratio* della riserva di legge: quest'ultima, da strumento di garanzia dei diritti di libertà dei cittadini contro gli abusi dell'esecutivo, si tramuterebbe infatti in possibile strumento di abuso del legislatore contro i diritti dei più poveri»<sup>38</sup>.

---

lavoro e la proprietà, e individua essenzialmente la tutela nel controllo di costituzionalità delle leggi di attuazione. Nella discussione, le posizioni scettiche di Severi, Morelli, Rizzo, trovano eco anche nella critica di Astuti (nella relazione sui diritti di libertà ove è presente il richiamo critico ai cd. diritti sociali) che inquadra i diritti sociali come orientamento e vincolo per la legislazione e la concreta azione di governo in campo educativo, sociale ed economico, nella prospettiva secondo la quale le formulazioni giuridiche delle posizioni individuali devono essere connotate dalla maggiore concretezza possibile che, nel campo delle rivendicazioni sociali, si ridurrebbe alla determinazione delle mete future cui lo Stato deve tendere, in un'evoluzione progressiva condizionata dalle contingenti situazioni di fatto. Diversa, è notoriamente la posizione di Mortati, il quale (nella relazione preliminare "Sulle dichiarazioni dei diritti. Considerazioni generali") si mostra estremamente avvertito dei tre modelli (ritenuti alternativi) di sviluppo dei principi fondamentali mediante la legislazione, la giurisdizione e l'amministrazione, e del valore giuridico di forte impatto anche delle norme programmatiche di principio, nelle quali la necessaria mediazione legislativa non depotenzia la giuridicità acquisita dal principio per il solo fatto dell'inserimento in costituzione in funzione interpretativa ed integratrice dell'ordinamento normativo. Per il giurista, la questione fondamentale è anche quella di valutare se vi siano casi-diritti da sottrarre alla disponibilità del legislatore, prefissandoli direttamente nelle disposizioni costituzionali. La ricchezza del dibattito non conduce, tuttavia, a formulazioni corrispondenti, e i lavori approdano a formule più sintetiche e generiche da quelle proposte da Giannini, tra cui «Lo Stato ha il compito di assicurare a tutti i cittadini il minimo necessario all'esistenza per ciò che concerne gli alimenti, gli indumenti, l'abitazione, l'assistenza sanitaria. In particolare, si dovrà provvedere all'esistenza di chi sia disoccupato senza sua colpa o incapace al lavoro perché invalido» (cfr. *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., 688); «lo Stato deve predisporre i mezzi per assicurare il compimento degli studi anche superiori ai giovani non abbienti forniti di particolari attitudini» (ivi, 691). Su tale fase storica, diffusamente il contributo di B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, soprattutto 97-106.

38. Cfr. A. GIORGIS, *voce Diritti sociali*, cit., 1909.



Come appare evidente, si tratta di una posizione estremamente consapevole del tasso di “politicalità” presente nelle disposizioni costituzionali sui diritti sociali, che si contrappone al tasso di “giuridicità” che le medesime disposizioni sono in grado di esprimere, nel caratterizzare non soltanto la formula di base, ma la dinamica dell’ordinamento, dove è necessario individuare lo spazio costituzionale lasciato alle forze politiche e l’ambito sottoposto al controllo ed all’intervento della giurisdizione costituzionale<sup>39</sup>.

In tale cornice, matura l’orientamento che afferma la diretta applicabilità delle disposizioni costituzionali anche per l’impegno delle risorse necessarie a finanziarie i diritti all’uguaglianza sostanziale, da intendersi nel senso che per le spese che, per le spese che corrispondono a veri e propri diritti di prestazione sanciti dalla costituzione «non c’è politica (e quindi nemmeno dipendenza da *interpositio* di valutazioni discrezionali del legislatore) ma solo giurisdizione in nome della Costituzione»<sup>40</sup>.

### 2.3. I diritti sociali come diritti di prestazione

Le considerazioni finora svolte sull’ampio dibattito dottrinario, e sulle numerose problematiche sottese all’inquadramento dei diritti sociali, evidenziano il progressivo distacco dall’originaria e rigorosa distinzione – in termini oppositivi – tra libertà negative e libertà positive, tra diritti di libertà e diritti sociali, e dal noto corollario della statica polarità tra dovere di astensione e dovere di intervento del potere pubblico.

La medesima evoluzione storica degli ordinamenti e della società non appare riconoscere più la distinzione assoluta tra situazioni soggettive, in cui il profilo rilevante è la titolarità della pretesa all’astensione rivolta ad altri soggetti (pubblici e privati) ed il cui pieno svolgimento dipende innanzitutto da comportamenti o condotte del titolare (*agere licere*), rispetto le situazioni soggettive che si sostanziano in una pretesa ad una prestazione rivolta ad altri soggetti (pubblici e privati) in funzione riequilibratrice di disuguaglianze e di rimozione di forme di esclusione, in favore di determinati soggetti o di categorie.

In tale direzione, s’innesta nel dibattito la considerazione secondo cui l’intreccio fra diversi tipi di diritti s’incarna nelle costituzioni degli ordinamenti democratici con infinita varietà di forme<sup>41</sup>. E, per il profilo d’indagine che

39. Sviluppa una riflessione sul giudice di costituzionalità di fronte alla nuova eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, comma 2 Cost. puntando l’attenzione sull’interpretazione, politica, giuridica o neutrale della disposizione costituzionale e sugli effetti in ordine all’andamento del sistema costituzionale B. CARAVITA, *Oltre l’eguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3 comma 2 della costituzione*, cit., soprattutto 127 ss.

40. Cfr. A. GIORGIS, *op. ult. cit.*, 1909–1910, che richiama la riflessione autorevole di G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, u.c. della Costituzione*, Milano, 1993, 124.

41. Cfr. L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, cit., 2, la quale inquadra il tema dei diritti sociali come prestazioni e della loro ridefinizione come categoria giuridica

interessa, tra diritti di libertà e diritti sociali non vi sia una distinzione di tipo qualitativo (concorrendo entrambe le categorie di diritti alla definizione della struttura di base della persona) bensì meramente quantitativo, dal momento che ogni diritto presenta sia profili negativi che positivi, potendosi unicamente ravvisare una prevalenza in ciascuna situazione soggettiva degli aspetti dell'uno o dell'altro tipo<sup>42</sup>.

nell'ambito della ridefinizione del modello di Welfare e di intervento pubblico cui si collegano giuridicamente le posizioni dei destinatari delle prestazioni sociali. Per l'A., non esiste nessun modello in forma pura, dato che in ciascun ordinamento convivono istituti e politiche di stampo universalistico, di stampo assicurativo-contributivo, di tipo residuale, con regole di accesso più o meno selettive a seconda dei settori, delle materie, e dei periodi storici d'intervento, e con ampiezza di prestazioni garantite assai variabile. In questa cornice, s'afferma l'inutilità del tentativo di stabilire una connessione stabile e sistematica fra modelli di Welfare e tipi di intervento pubblico o, «sul piano strettamente giuridico, escogitare tipologie di situazioni soggettive e corrispondenti tipologie di strumenti e tecniche di tutela e garanzia.(...) conviene, invece, prendere le mosse dalle ragioni di crisi dei sistemi di Welfare storicamente consolidatisi, indicare le principali direzioni di correzione o di riforma oggi in discussione e provare a individuare le ricadute in termini di ridefinizione dei diritti individuali e collettivi, da una parte, e dei fini e degli obblighi pubblici, dall'altra, con una particolare attenzione alla trasformazione degli strumenti di perseguimento di quei fini e di adempimento di quegli obblighi nell'ordinamento italiano». Segnatamente, per l'A., il sistema italiano caratterizzato da incompletezza, frammentarietà e particolarismo, e la sua crisi – correlata anche ai due fattori peculiari al contesto politico-amministrativo italiano quale l'inefficienza dell'amministrazione fiscale e l'orientamento particolaristico-clientelare dei processi di decisione sul piano legislativo che sul piano amministrativo – hanno oggi un punto di partenza (per la riscrittura di un sistema di *Welfare mix*) nel mantenimento in capo alla responsabilità pubblica del processo di determinazione delle prestazioni, nell'istituto tipico dei livelli essenziali ex art. 117, secondo comma lett. m) Cost. Sulla varietà delle situazioni soggettive, e sulla dinamica del sistema, si veda il contributo di G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., che rileva un profilo essenzialmente critico nella tendenza «a convertire interessi e beni in termini di situazioni soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi), e ad attribuire a tali situazioni carattere di assolutezza, non dissimile da quello della proprietà e delle libertà», nell'evidenza del «rischio implicito in questa tendenza: il rischio di radicalizzare i conflitti sino a renderli irrisolvibili, il rischio di bloccare necessarie o utili iniziative economiche o di trasformazione ambientale sulla soglia di un intangibile diritto alla salute o di un inviolabile diritto dell'ambiente.» (771). Per l'A., appare più appropriato il modulo del bilanciamento degli interessi contrapposti (pubblici e privati, privati contro privati), che esprime la dinamica del sistema meglio della schema del diritto sociale, o del diritto soggettivo correlato ad un obbligo, laddove «l'estensione alla materia economica e sociale della logica dei diritti di libertà (nei quali la nota dell'assolutezza dipende dalla natura della pretesa che è correlata da un dovere di astensione, non ad un obbligo di prestazione positiva di un bene o un servizio) concorre alla "ingovernabilità" delle società evolute.» (784), ed «"alla radicalizzazione" e "assolutizzazione delle domande" rispetto le quali ai poteri pubblici riesce sempre più difficile contemperare, graduare, dosare, limitare, respingere tali domande in base ad un criterio di giustizia, nella ripartizione dei beni finiti» (783).

42. La distinzione di N. BOBBIO (*L'età dei diritti*, cit., 13) tra diritti cui corrispondono obblighi negativi (diritti di libertà) e diritti sociali che si esprimono nella pretesa che altri (e innanzitutto lo Stato) tengano determinati comportamenti ovvero gli forniscano determinate prestazioni è considerata non esaustiva e poco precisa nella misura in cui non coglie la complessa e variegata articolazione di struttura (non omogenea) dei diritti sociali. Sul punto, si veda, *ex plurimis*, A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 30 ss.; A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, cit., VII ss.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., soprattutto 118-128.; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, cit., 873 ss.; S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri*

Per lungo tempo, tuttavia, la questione dei diritti, o meglio la parabola teorica dei diritti sociali appare fortemente influenzata dal modello teorico soggettivistico dei pubblici servizi<sup>43</sup>, nel quale, come noto, il monopolio statale della giuridicità, la necessità dell'*interpositio legislatoris* quanto al riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive in capo ai privati, la protezione dei diritti condizionata dalla sussistenza dell'organizzazione amministrativa, ha stabilito, almeno in termini storici, la coincidenza e l'equazione teorica tra diritti sociali, tali solo a fronte della protezione da parte del legislatore che fosse intervenuto correlando a questi un obbligo di prestazione in capo ai poteri pubblici,

---

nella giurisprudenza costituzionale, cit., 6 ss.; E. DICIOTTI, *Stato di diritto e diritto sociali*, cit., soprattutto 52-65.

43. Cfr. L.R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, in A.I.P.D.A., *ANNUARIO 2001*, Milano, 2002, 160-161. Pur non essendo questa la sede per ripercorrere l'ampio dibattito sul tema dei servizi pubblici, sia consentito evidenziare che la riflessione dell'A., più di ogni altro, affronta compiutamente la questione della relazione tra diritti e servizi, anche e soprattutto nel lavoro monografico *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, nel quale è approfondita, con puntuale analisi critica, la ricostruzione della parabola teorica dei pubblici servizi dall'influenza della teoria tedesca sui diritti pubblici subiettivi (*ex multis*, basti il rinvio a M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979; E.W. BOCKENFORD, *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt*, Berlino, 1981; A. BALDASSARE, voce *Diritti pubblici soggettivi*, cit.; alle teorie soggettivistiche (il riferimento è a V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, I, Firenze, 1903; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo del diritto amministrativo italiano*, IV, parte I, V.E. ORLANDO (diretto da), Milano, 1924; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1937; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Milano, 1956; e sulle successive versioni autoritarie dello Stato, si veda S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974; fino all'approdo oggettivistico della fase del dibattito segnata dalla visione teorica di Pototschnig (come noto, *I servizi pubblici*, Padova, 1964) che consente all'A. l'approdo alla prospettiva d'indagine del radicale superamento anche delle teorie oggettiviste (e della funzionalizzazione delle attività economiche pubbliche e private ai meri scopi egualitari di cui all'art. 3 comma 2 Cost.), inserendo compiutamente il tema dei pubblici servizi in quello dei diritti, e, quindi, ancorando la nozione di pubblico servizio non soltanto negli artt. 41 e 43 Cost., ma nella struttura dei diritti costituzionalmente protetti e nei vincoli stabiliti dalle locuzioni costituzionali dell'"utilità sociale", dell'"utilità a fini generali", dei "fini sociali", nella cornice della giuridicità che promana dalla società e non dallo Stato. Nella prospettiva della distinzione tradizionale tra servizi pubblici economici da gestire secondo il modulo giuridico dell'impresa, e servizi sociali, gestibili secondo il modulo della prestazione amministrativa, è sostenuta l'inesistenza di alcun ostacolo teorico all'introduzione della concorrenza anche nei servizi sociali, da F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in A.I.P.D.A., *ANNUARIO 2001*, cit., 63 ss.; inoltre, nello stesso volume, si vedano i contributi di F. SALVIA, *I servizi pubblici nella letteratura recente* (87 ss.), G.F. CARTEI, *Il servizio universale* (109 ss.); B. MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi* (119 ss.); G. NAPOLITANO, *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive* (137 ss.); A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico* (175 ss.), N. RANGONE, *I servizi pubblici: nozioni e regole* (193 ss.). L'attenzione del dibattito sul tema dei pubblici servizi è stato segnato, altresì, dai noti contributi monografici di R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, V° ed., Milano, 2008; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti d'utenza*, Padova, 2001; M. DUGATO, *Le società per la gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001; A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001; L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, Milano, 2001; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997.

e pubblico servizio, il cui contenuto era pacificamente riservato alla piena disponibilità del legislatore<sup>44</sup>.

In tal modo, com'è stato acutamente osservato, il tema dei pubblici servizi si pone ai giuristi insieme al tema della protezione dei diritti<sup>45</sup>, ed i diritti sociali e diritti di prestazione tendono ad identificarsi e, poiché i primi sono ritenuti posizioni giuridiche soggettive nella misura in cui il legislatore abbia previsto un correlativo obbligo di fornire la prestazione, anche il contenuto dei diritti sociali è pienamente lasciato alla determinazione del legislatore e, con esso, l'intera disciplina dei pubblici servizi<sup>46</sup>.

Nel prosieguo, v'è un fattore radicale, quale la crisi dello Stato sociale come organizzazione, che innesci una nuova evoluzione del rapporto tra servizi e diritti sociali, che perde assolutezza e ricerca nuovi modelli di attuazione, svincolati dal rapporto obbligato con i pubblici poteri<sup>47</sup>.

44. In tema, rimane preziosa l'analisi di G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1073 ss., nella parte in cui, fermo il richiamo alla duplice prospettiva interpretativa, ossia le prestazioni amministrative come attività svolte dalle amministrazioni a favore dei privati in relazione ad un pubblico servizio, ovvero quella (definita dall'A. più ambiziosa) secondo cui l'amministrazione di prestazione s'innesta sul nuovo tipo di Stato sociale nel quale le prestazioni corrispondono nei diritti sociali dei cittadini, richiama la posizione illuminante ed autorevole di Giannini (quella espressa in *Stato sociale: una nozione inutile*, cit., 154-161) nella parte in cui si rileva che la formula Stato sociale non esprime un tipo di Stato, ma un tratto morfologico del rapporto Stato comunità – Stato organizzazione che fa riferimento a situazioni di diritto soggettivo in ordine ad istituti di protezione sociale, intendendo per questi le organizzazioni, i procedimenti, i rapporti che riguardano prestazioni che i pubblici poteri rendono ai privati o provvedimenti che adottano nei confronti degli stessi, aventi un contenuto che genericamente possa dirsi sociale, in una fase che viene considerata di universalizzazione dei servizi di protezione sociale. CORSO ha cura di evidenziare che, nel pensiero dell'autorevole A., anche quando si tratti di "diritti", essi siano condizionati poiché «se il legislatore ordinario non trova mezzi finanziari sufficienti per gli adempimenti più rigorosi che sono comportati dall'essere una data situazione soggettiva un diritto, rispetto a quelli che comporterebbero l'essere solo un interesse legittimo, in concreto o le situazioni restano interessi legittimi, ovvero, anche se proclamate diritti, i correlativi obblighi restano inadempiti o imperfettamente adempiuti» (160).

45. Sul punto, G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di L. Ottaviano*, I, Milano, 1993, che evidenzia l'influenza dominante del modello del servizio pubblico in senso soggettivo sul tema dei diritti sociali, laddove rileva che «negli anni Settanta-Ottanta i diritti sociali diventano delle "pretese" o delle "attese organizzate", di modo che si configura una relazione forte tra "servizi e diritti, per cui i diritti si organizzano e si attuano mediante i servizi» (1087).

46. Cfr. L.R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, cit., 167 ss.

47. Cfr. G. PASTORI, *op. ult. cit.*, 1089. Su tale profili – sui quali si tornerà diffusamente nel cap. III – l'intervento di L. R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, 156, laddove rileva che «a fronte della privatizzazione dei soggetti e della liberalizzazione del regime, era la necessità di verificare gli strumenti di garanzia dei diritti. Il pubblico servizio, nato come esigenza di ottenimento di prestazioni, vuoi a vantaggio dei soggetti con minori disponibilità per acquistarle nel mercato, vuoi perché il mercato stesso si mostrava indisponibile a fornirle (o almeno, a fornirle a certe condizioni) era venuto a coincidere con le organizzazioni pubbliche di prestazione. Il venir meno di quelle organizzazioni, la liberalizzazione dei servizi e la privatizzazione dei soggetti, quindi, dovevano essere confrontati sia con le norme costituzionali che garantiscono la società e le sue libertà (e che, come tali, inclinavano verso la liberalizzazione dei servizi) sia con quelle che riconoscono i diritti di libertà attiva, perché

In tempi più recenti, le teoriche che procedono con intenti definitivi all'elaborazione del catalogo dei diritti sociali, inverano classifiche ed elenchi assai diversi tra loro, tutti ormai sganciati dallo schema teorico dei servizi pubblici, ma che contengono il riferimento dominante alla configurazione dei diritti sociali come “diritti di prestazioni”, le cui caratteristiche (in termini di fondamento ed oggetto delle prestazioni, di soggetti attivi, e passivi della pretesa, di giustiziabilità dell'inadempimento o dell'insoddisfazione) appaiono dipendere dall'influenza di distinti nodi tematici<sup>48</sup>: i) le categorie dei diritti (di libertà e sociali) contribuiscono indivisibilmente, sul medesimo piano di dignità assiologica e di priorità giuridica, a delineare la posizione dell'uomo nel disegno costituzionale; ii) il rigore della distinzione tra le due categorie di diritti non assume alcun fondamento qualitativo, atteso che non esistono diritti esclusivamente negativi, e altri che dipendono geneticamente dall'intervento prestazionale dei poteri pubblici ma, al contrario, tutti i diritti hanno una componente di tipo regolativo – prestazionale, e richiedono discipline legislative, apparati amministrativi efficienti, e risorse economiche ed, invero, elementi astensivi o contenuti pienamente azionabili intersecano la dimensione strutturale dei diritti sociali, «la cui più marcata (quantitativamente) dipendenza dall'intervento legislativo e dalle esigenze finanziarie non toglie che siano ravvisabili contenuti o livelli minimo (o essenziali, per riprendere la diversa dizione utilizzata dall'art. 117/2, lett. m) Cost.) indeclinabili e sostanzialmente sottratti alla discrezionalità legislativa, proprio in ragione della inviolabilità e del carattere costituzionalmente fondamentale di tali diritti»<sup>49</sup>; iii) nuove dimensioni<sup>50</sup> delle disuguaglianze e l'ingresso di inedite istanze di tutela rende possibile e legittima nuove formulazioni e nuove proiezioni – che impegnano soprattutto la funzione legislativa e giurisdizionale – in funzione ampliativa del patrimonio di valori e di formule giuridiche, che vanno considerati nella loro condizione d'immanente esposizione alle sollecitazioni modificative da

---

liberalizzazioni e privatizzazioni non venissero facilmente (e con grande superficialità) fatte coincidere con lo smantellamento delle garanzie dei diritti.»

48. L'elaborazione e la distinzione di tali tre aspetti (interrelati) che condizionano il contenuto e lo spazio (costituzionale e legale) dei diritti sociali è presente in A. D'ALOIA, *op. ult. cit.*, XIII–XVIII.

49. Cfr. A. D'ALOIA, *op. ult. cit.*, XVI.

50. In senso critico, sulla teoria dell'interpretazione aperta dei diritti, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, soprattutto 42-44 e 54-56; inoltre, Id., *Diritti fondamentali al di là della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1993, 8 ss. Recentemente, nell'ambito della riflessione sulle possibilità d'intervento del diritto amministrativo di fronte alla crisi economica, F. MERUSTI, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2012, 483 ss., evidenzia una critica severa nei confronti della tendenza interpretativa alla catalogazione di nuovi diritti, additando la responsabilità dei giuristi italiani, ed in particolare «gli amministratori, inventando sempre “nuovi” diritti, insensibili al loro “costo” perché “assoluti”, in quanto componenti di una incommensurabile “cittadinanza” amministrativa che non poteva essere finanziariamente condizionata. Teorie che hanno trovato ben presto il consenso di giudici, alimentando così “dal basso” la spesa pubblica in maniera non controllabile, né prevedibile.»(490).

parte degli stessi presupposti sociali (comportamenti umani e bisogni), politico-istituzionali, economici, tecnologici e culturali<sup>51</sup>.

Si tratta di argomenti che, seppur in modo riflesso, hanno segnato la cornice di contesto nella quale è maturata quella corrente di pensiero che reinterpretava, nell'attuale stagione, il tratto tipico dei diritti sociali come "diritti di prestazione".

Va osservata la tendenza a forgiarne cataloghi classificatori dotati di concretezza, nell'intento – sicuramente apprezzabile – di colmare il deficit di tutela offerto dalle categorie giuridiche esistenti (diritto soggettivo e interesse legittimo), e di farsi veicolo per la prospettazione di nuove istanze di giuridificazione di dimensioni dell'individualità<sup>52</sup>.

Inquadriati come diritti di prestazione, l'elaborazione di tale categoria di pretese partecipa – in modo essenziale – all'attuale processo di revisione del diritto positivo, attraversato da nuove riflessioni sulla giustizia della carità, o carità dello Stato, dalla crisi della filosofia politica del Welfare State, dalla crisi della soggettività giuridica e, ancora, dalla *vexata questio* del rapporto tra diritto dell'uomo e diritti del cittadino, in un'ottica più o meno escludente di cittadinanza che tende a circoscrivere l'ambito dei beneficiari del Welfare state<sup>53</sup>.

51. Si deve rilevare che parte della dottrina individua il fondamento giustificativo dell'ampliamento del catalogo dei diritti nell'assetto multilivello che la tutela dei diritti ha assunto anche in forza di ulteriori clausole espansive che traggono la propria origine nel diritto internazionale e comunitario. Non è qui luogo per dar conto dell'inesauribile dibattito dottrinario (sul quale, in sintesi, si ritornerà infra), e si limita il riferimento (anche a fini bibliografici) ai recenti contributi di A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPOHLER, J. DICKSCHENS, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Solange ribaltata – Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli stati membri dell'UE*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 933 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti, fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Riv. AIC*, 2011; J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e "costituzionalizzazine" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 539; L. MOCCIA (a cura di) *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione*, Milano, 2010; F.A. CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, cit.; M. G. BERNARDINI, *L'Unione europea ed il Trattato di Lisbona: nuove frontiere per la tutela multilivello dei diritti*, cit., 411 ss.; L. AZZENA, *La costruzione del principio di uguaglianza nell'ordinamento comunitario*, cit., 13 ss.; Id., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, cit.; DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e dei principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, G. ZAGREBELSKY, (a cura di), 192 ss.; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della "Carta dei diritti fondamentali")*, ivi, 258 ss.; S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, cit., 325 ss. Sui limiti della proliferazione dei cataloghi dei diritti nell'Unione europea, L. FAVOREU, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, ZAGREBELSKY, (a cura di), Roma-Bari, 2004, 247 ss., secondo il quale di fronte all'aumento di norme e di cataloghi, tale fenomeno non rende certa la protezione dei diritti, ponendosi un problema di conciliazione di fonti, di sicurezza giuridica e di omogeneità di protezione e controllo nei singoli ordinamenti giuridici, ed aumentando la possibilità di conflitti tra Corti, per effetto del moltiplicarsi delle sedi giurisdizionali.

52. L'espressione è di M. RICCA, *Identità personale, diritti della coscienza e multiculturalismo*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, A. D'ALOIA, op. ult. cit., 44.

53. Sul rilievo di tale intreccio di questioni tematiche complesse sulla questione della



Dunque, multiculturalismo e ideologia dei diritti fondamentali, persona e mercato, hanno progressivamente assunto rilievo come coppie oppositive, che manifestano – all'interno delle pieghe delle loro polarità interne – la tensione attuale verso la più pregnante cittadinanza giuridica acquisita nel tempo dall'idea della dignità di persona<sup>54</sup>, che acquista il riconoscimento quale centro d'imputazione di una serie di pretese di prestazioni, variamente declinate.

Così, da un alto, si è affermato il rilievo del gruppo (minoritario) dei diritti sociali c.d. di partecipazione o di libertà, che presenterebbero la stessa struttura dei diritti di libertà, dipendendo da un comportamento del titolare al pari dei diritti di libertà, per cui, una volta garantiti, sarebbero per definizione autoapplicabili, e sottoposti ad un medesimo regime giuridico (si tratta del diritto dei genitori di scegliere l'educazione da impartire ai figli *ex art. 30 Cost.*, della libertà di insegnamento di cui all'*art. 33 Cost.*, della libertà sindacale e del diritto di sciopero di cui agli *artt. 39 e 40 Cost.*)<sup>55</sup>.

Ai c.d. diritti sociali di libertà, in termini di organica sistematicità, viene accostato il rilievo della variegata serie dei diritti sociali c.d. di prestazione, nel cui ambito è osservata la problematicità del regime giuridico connesso alle tipologie di situazioni soggettive il cui contenuto non è dato da comportamenti o condotte del titolare, ma dalla pretesa ad una prestazione positiva da parte di altri soggetti, pubblici o privati.

I diritti sociali di prestazione riguardano, in tal modo, i soggetti che – in quanto concretamente bisognosi di un determinato bene o servizio – attendono prestazioni nei confronti dello Stato: o meglio, «sono le diverse possibili forme della più generale pretesa, riconosciuta a ogni individuo considerato nella sua particolare posizione sociale o condizione materiale (indipendentemente dalla sua capacità economica), a che il legislatore, e la P.A., intervengano nell'ambito dei processi produttivi correggendo le distorsioni o supplendo alle mancanze dell'iniziativa privata in maniera tale da assicurare l'esistenza di una quantità adeguata di tutti quei beni e servizi di cui si ritiene indispensabile poter fruire per condurre una vita libera e dignitosa.»<sup>56</sup>

---

tutela dei diritti sociali, anche per i riferimenti bibliografici, si vedano, *ex multis*, B. G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, cit., 359 ss.; R. FERRARA, *Il diritto alla felicità e il diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1055 ss; C. PINELLI, *Social card o del ritorno alla carità di Stato*, cit., 1177 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 757 ss.; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit.; V. BERLINGÓ, *La rilevanza dei fatti di sentimenti nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, cit., soprattutto 143-166; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, cit., 1-153.

54. Cfr. M. Ricca, *op. ult. cit.*, 34; inoltre si veda G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 45 ss.

55. Cfr. A. GIORGIS, voce *Diritti sociali*, cit., 1906, secondo cui tali diritti sociali di libertà pur essendo riconosciuti a soggetti sociali diversi (genitori, insegnanti, lavoratori) e pur essendo esercitabili in gruppi ed ambiti sociali differenti presentano una medesima struttura e sono sottoposti al medesimo regime giuridico.

56. Cfr. A. GIORGIS, *op. ult. cit.*, 1906.

Sono le prestazioni pretese dal lavoratore nei confronti della parte datoriale, tra cui spicca il diritto alla retribuzione; e delle pretese connesse alla condizione materiale e giuridica del lavoratore allo scopo di ottenere dallo Stato (assistenziale e previdenziale) i mezzi adeguati alle esigenze di vita, in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria.

Inoltre, vengono annoverate le pretese nei confronti dello Stato vantate dall'individuo contributivamente capace, ma debole in quanto portatore di handicap, che dovrebbero costituire lo strumento e la garanzia per la vita libera e dignitosa.

Infine, nel quinto gruppo, tale orientamento raccoglie le pretese che l'individuo – indigente e privo dei mezzi economici necessari – attende dallo Stato: il diritto alle cure gratuite (art. 32 Cost.), il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi se capaci e meritevoli (art. 34 Cost.), il diritto di agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione (art. 24 Cost.), nonché, in generale, il diritto all'assistenza (art. 38 Cost.).

Nella prospettiva delineata, che si distende tra l'individuo, le sue pretese, e lo Stato, la garanzia del sistema è riconosciuta in capo allo Stato–legislatore, nel senso che s'afferma l'idea – condivisa ampiamente nella dottrina – che il compito di determinare le forme, i modi e la misura (al di là del minimo essenziale) della concretizzazione di ogni simile pretesa soggettiva spetti, innanzitutto, al legislatore nazionale ed a quelli regionali, ed alle pubbliche amministrazioni, nelle articolazioni tra i diversi livelli di governo della collettività.

Mentre, viene sostenuta l'elevata complessità ed i fattori di condizionamento esistenti, allo stato, nello spazio di sicurezza giurisdizionale riservato ai diritti sociali di prestazione, rispetto la mancanza di percorsi di protezione sociale previsti e codificati dal legislatore<sup>57</sup>.

Un diverso catalogo è formulato da chi definisce i diritti sociali a prestazioni positive distinti in diritti condizionati, ovvero incondizionati<sup>58</sup>. In realtà, si tratta di un *nomen* che nasconde il medesimo inquadramento giuridico della precedente distinzione, salvo poche differenze.

La formula dei “diritti sociali incondizionati”, infatti, considera tali quei diritti a prestazioni positive previsti dalla Costituzione, il cui esercizio e godimento non soffre dimensioni di problematicità, poichè, il solo fatto del riconoscimento costituzionale indurrebbe gli aventi diritto a farli valere diretta-

57. L'A., *op. ult. cit.*, fa dipendere la possibilità del giudice di porre rimedio all'inerzia del legislatore su un triplice ordine di profili concorrenti: la concezione di costituzione che adotta per procedere all'interpretazione delle disposizioni costituzionali dalle quali è astrattamente possibile trarre norme che riconoscono agli individui diritti e doveri; dipende dalle caratteristiche del bene o del servizio che ritiene costituisca l'oggetto delle pretese soggettive all'uguaglianza sostanziale; ed, inoltre, dalla possibilità che identifichi il soggetto passivo della pretesa, ovvero dalla possibilità che individui una struttura organizzativa alla quale ordinare l'adempimento immediato (nelle varie forme concretamente possibili) dell'obbligo costituzionale.

58. Come noto, la distinzione è di A. BALDASSARE, *voce Diritto sociali, cit.*, 30-31.



mente nei confronti della controparte pubblica o privata, lasciando al giudice (in caso di conflitto tra le parti) il compito di determinare il *quantum* della prestazione dovuta, sempreché non sia già prestabilita dalla legge, “attraverso l’uso della propria discrezionalità di interpretazione (valutazione) e/o il ricorso a parametri di giudizio extralegislativi o consuetudinari”<sup>59</sup>.

In tale categoria, è incluso il diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, il diritto al riposo ed alle ferie, il diritto delle donne alla parità di condizioni di lavoro e quello dei minori alla parità delle retribuzioni, il diritto a ricevere cure mediche, i diritti della famiglia come mutua assistenza, coabitazione e fedeltà, il diritto dei figli all’educazione familiare, il diritto a non essere arbitrariamente licenziati.

Mentre, i diritti sociali c.d. condizionati individuerebbero quei diritti a prestazioni positive che presuppongono, per il loro effettivo godimento, la sussistenza di strutture organizzative indispensabili all’erogazione delle prestazioni garantite o al compimento di condotte di cui consta il contenuto dei diritti, fra cui il diritto all’assistenza ed alla previdenza, all’istruzione ed all’accesso nelle istituzioni scolastiche, il diritto degli indigenti alle cure gratuite, il diritto degli inabili e dei minorati all’educazione ed all’avviamento professionale, il diritto dei lavoratori alla collaborazione ed alla gestione delle aziende, il diritto all’abitazione e il diritto di vivere in un ambiente salubre.

Il punto di contatto con il precedente orientamento consiste nella proposizione dei diritti sociali condizionati quali diritti azionabili e difendibili giudizialmente, alla condizione dell’esistenza della trama organizzativa e strumentale che ad essi occorre (individuata dal legislatore e organizzata dalle amministrazioni).

Tale orientamento, come il precedente richiamato<sup>60</sup>, fa un passo avanti nel valutare l’incidenza dell’inerzia del legislatore che è valutata incapace di incidere sulla garanzia di quei diritti quanto al *se* e al *quid* – stabilita in Costituzione – ma piuttosto sul *come* e sul *quando* assicurare in concreto quei diritti<sup>61</sup>.

I contributi richiamati rendono manifesta la tendenza ad affrontare i diritti sociali come diritti a prestazioni positive, nella considerazione prevalente del profilo dell’attività materiale e giuridica connessa come risposta al bisogno sociale in termini di effetti, tuttavia, lasciando in ombra un aspetto fondamentale dell’indagine, che è quello relativo all’instaurazione del rapporto obbligatorio con i pubblici poteri e la definizione del contenuto giuridico della pretesa, dal momento genetico alla sua soddisfazione.

59. Cfr. A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 30.

60. Come già evidenziato, A. GIORGIS, *op. ult. cit.*, 1909, ritiene che sostenere che la presenza di una puntuale disciplina legislativa (per definire il contenuto del diritto medesimo, le caratteristiche economiche dei soggetti titolari, la specifica articolazione amministrativa tenuta all’erogazione dei beni e servizi) sia una *condicio sine qua non* per l’effettiva azionabilità di tali diritti significa vanificare gran parte delle aspirazioni del diritto costituzionale contemporaneo.

61. Cfr. A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 31.

Questa, in realtà, è una notazione critica condivisa anche da quella parte della dottrina<sup>62</sup> che rilegge i diritti sociali come pretese, ma pretese “condizionate” di prestazioni, nelle quali l'elemento condizionante, avente valore costitutivo, non è la mera *interpositio legislatoris* (che individua la platea dei soggetti attivi titolari della pretesa, e i soggetti passivi impegnati nell'adempimento della prestazione, le caratteristiche dell'oggetto delle prestazioni, ed i limiti qualitativi, quantitativi e cronologici, della medesima).

L'elemento condizionante viene, infatti, individuato in una “nuova programmaticità” dei diritti sociali, che emergerebbe sul piano costituzionale e della legislazione ordinaria, per cui il legislatore è chiamato ad attuare la previsione costituzionale relativa ai diritti di prestazione in rapporto agli altri interessi primari del medesimo rango ed alle esigenze di bilancio<sup>63</sup>.

Sul versante della legislazione, soprattutto nell'attuale fase storica di crisi economica attraversata dagli ordinamenti, la mediazione legislativa a cui è affidata – come noto – la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali ai sensi dell'art. 117. comma 2, lett. m) Cost.) è intesa quale prodotto ed effetto di una “nuova programmaticità” che interesserebbe anche i diritti sociali.

Una programmaticità di contenuto economico, e che, invero, attiene alla necessità (in virtù degli artt. 81, 119, 120 Cost.) del rispetto dei limiti e delle esigenze finanziarie dello Stato e degli altri livelli di governo<sup>64</sup>.

In questa prospettiva, i diritti sociali di prestazione partecipano alla crisi economica globale<sup>65</sup>.

62. Cfr. L. PRINCIPATO, *op. ult. cit.*, 886.

63. Cfr. L. PRINCIPATO, *op. ult. cit.*, 886.

64. Sui livelli essenziali delle prestazioni in relazione all'art. 119 Cost. ed all'adeguatezza delle risorse finanziarie allo svolgimento dei compiti, si vedano i recenti contributi di DE SIANO, A., *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria*, cit., soprattutto 81-146, 179-217; Id., *La funzione amministrativa degli enti locali. Attuazione del principio di sussidiarietà e adeguatezza delle risorse finanziarie allo svolgimento dei compiti*, in *Comuni e funzione amministrativa*, cit., 237 ss.; e F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, cit., 249 ss. Il dibattito sulla determinazione delle prestazioni e sul valore giuridico polisemantico dell'essenzialità – che rimette al centro il modo di concepire i diritti e i contenuti dei poteri pubblici preposti a soddisfarli, nella dimensione della sussidiarietà orizzontale – è inesauribile: su tali tematiche, sia consentito il rinvio all'analisi ed alle note contenute nel cap. III.

65. Sulle dinamiche sociali proprie della contemporaneità, sull'ordine liquido e frammentario che connota le società complesse, anche per i riferimenti bibliografici, v. il lucido contributo di R. FERRARA, *Il diritto alla felicità ed il diritto amministrativo*, in *Dir proc. amm.*, 2010, 1052.; ed inoltre, U. BECK *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte, 1986, trad. it., W. PRIVITERA, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000; Id., *Condicio umana. Il rischio nell'età globale*, trad. it., Roma-Bari, 2008; Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, trad. it., Milano, 2000. Sull'attuale crisi economica vista dal diritto pubblico, in particolare italiano, v. il saggio critico di F. MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, che rileva la dimensione inedita dell'attuale crisi (rispetto quella degli anni trenta del Novecento) per tre ordini di fattori: 1) si è manifestata in una economia globalizzata e non è pertanto contrastabile con provvedimenti adottabili in ordinamenti chiusi come erano un tempo quelli statali; 2) è di natura finanziaria, è cioè stata ed è determinata dal rapporto banca-finanza e

E partecipano alla crescente complessità del ruolo dello Stato legislatore (responsabile della individuazione delle prestazioni e della loro misura), ed altresì dello Stato amministratore (responsabile della gestione del percorso di protezione nel ruolo di prestatore o di regolatore), e della Corte costituzionale (responsabile del controllo sul legislatore nazionale e sui legislatori regionali), nella cornice dell'incessante avanzare della crisi economico-finanziaria degli Stati, e la sfida alla ricerca del ragionevole e possibile bilanciamento tra l'attuazione del diritto sociale in rapporto agli altri interessi primari riconosciuti dall'ordinamento, ai vincoli di bilancio, ed alla limitatezza delle risorse economiche da destinare ai bisogni sociali.

In questa dinamica concettuale, s'inserisce chi individua, tra le altre, quali cause dell'attuale fenomenologia dei diritti sociali come diritti di prestazione finanziariamente condizionati (ossia legati alla disponibilità di risorse organizzative, umane e finanziarie) "l'effetto sociale regressivo della universalizzazione dei servizi", determinato dall'estensione dei diritti ad altri gruppi che numericamente o economicamente o politicamente più forti, si accodano ai benefici degli svantaggiati e bisognosi; ed ancora, come concausa ed allo stesso tempo effetto, "l'antropologia dell'uomo assistito", che si muove in una dimensione puramente quantitativa; che non conosce l'incertezza del futuro; che rifiuta il bisogno come elemento coesistente alla condizione umana; che non conosce altri beni che non siano beni esclusivi; che è radicalmente dipendente (dallo Stato, dal collettivo, dal sociale)<sup>66</sup>.

Da ciò, ossia dall'estensione alla materia economica e sociale della logica dei diritti di libertà (nei quali la nota dell'assolutezza dipende dalla natura della pretesa che è correlata da un dovere di astensione, non ad un obbligo di prestazione positiva di un bene o un servizio) è argomentata una singolare forma d'ingovernabilità delle società evolute" nelle quali i beni, i servizi e le prestazioni sono reclamati, sempre ed in ogni caso, come oggetto di diritti, con

---

non dal rapporto banca-industria come quella degli anni trenta del secolo scorso; 3) in alcuni paesi, come la Spagna, l'Italia e la Grecia, è determinata nell'economia reale, da rapporti federali irrisolti con un'autorità sovranazionale, l'Unione Monetaria Europea. (485). Per l'A., l'attuale crisi è segnata anche dal contributo dei "giuristi italiani, ed in particolare gli amministratori, inventando sempre nuovi diritti, insensibili al loro costo perché assoluti, in quanto componenti di una incommensurabile cittadinanza amministrativa che non poteva essere finanziariamente condizionata." (490). Inoltre, sul tema, si vedano le approfondite riflessioni di F. MERLONI, *Il sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria*, cit., 599 ss.; G. C. CARBONI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica negli ordinamenti decentrati, tra limiti costituzionali e vincoli economici*, ivi, 605 ss.

66. Cfr. G. CORSO, *op. ult. cit.*, 782-783, che richiama i contributi di R. KLEIN, *The Welfare State: a self-inflicted crisis?*, in *the Political Quarterly*, 1980, 24; L. C. THUROW, *The Zero Sum Society*, New York, 1980, trad. It., Bologna, 1981, 217 ss.; H. LEPAGE, *Le ricette di Milton Friedmann*, in *Mondoperaio*, 1981 58; L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1978, 297 ss.; E. VOEGEYIN, *The new Science of Politics*, Chicago, 1952; Id., *Wissenschaft, Politik und Gnosis*, Monaco, 1959, parz. trad. in *Il mito del mondo nuovo*, Milano, 1970, 21 ss.; S. A. MCKNIGHT, *Eric Voegelin's for Order in History*, Londra, 1978.

l'effetto – criticato – di assolutizzare il versante delle domande rispetto alle quali risulta sempre più difficile ai pubblici poteri “contemperare, graduare, dosare, limitare, respingere tali domande in base ad un criterio di giustizia, nella ripartizione di beni finiti.”<sup>67</sup>.

#### **2.4. I diritti sociali come pretese (finanziariamente condizionate o non) di prestazione**

I diritti sociali vengono intesi come pretese “finanziariamente condizionate” di prestazioni pubbliche ove l'individuazione della natura giuridica della situazione soggettiva – e la sua azionabilità nel mondo giuridico – è considerata non soltanto correlata all'intervento dei pubblici poteri ma, altresì, alla dimensione economica e finanziaria delle risorse disponibili per l'organizzazione e l'attuazione delle misure di protezione sociale stabilite dal legislatore<sup>68</sup>.

Segnatamente, l'equilibrio tra entrate e spese pubbliche, ed il principio del pareggio di bilancio sono fattori fortemente richiamati da tale orientamento al punto che il profilo del finanziamento dei diritti sociali diventa assorbente rispetto il loro riconoscimento costituzionale e la garanzia che ne deriva, poiché la considerazione del loro costo, difficilmente sostenibile per la finanza pubblica, giunge all'affermazione della necessità di un loro ridimensionamento<sup>69</sup>.

Nell'ambito dell'analisi del fenomeno – giuridico ed economico – della contrazione della spesa pubblica come aspetto primario dell'attuale crisi economica globale, dal punto di vista del diritto pubblico italiano, s'inserisce quell'autorevole dottrina che si è spinta ad addittare, tra i giuristi, proprio gli amministratori, in ragione del loro colpevole contributo (considerato tale in virtù dell'influenza determinante) ad inventare “sempre “nuovi” diritti, insensibili al loro “costo” perché “assoluti” in quanto componenti di una

67. G. CORSO, *op. ult. cit.*, 783. Sul punto, l'A. avverte che «se i singoli beni, servizi o prestazioni vengono considerati oggettivamente, emerge immediatamente la loro correlazione con la totalità (di beni, servizi e prestazioni) di cui la collettività dispone o è in grado di disporre: ne scaturisce un limite che è segnato dalla proporzione fra le parti e il tutto, e che è inerente ad una prospettiva di giustizia distributiva» (783).

68. L. ANTONINI, *Competenza, finanziamento e accountability in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali*, cit., 70 ss.; Id., *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996; M. BERTOLISSI, *Intervento*, in AA. VV., G. BERTI, G. C. DE MARTIN, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2002, 171 ss.; R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, cit., 37 ss.; R. PEREZ, *Fiscal compact e diritti sociali*, cit., 107.

69. Cfr. R. PEREZ, *op. ult. cit.*, 110-111, secondo cui «non si può negare che la tutela di questi diritti è stata ed è tuttora fondamentale per dare un impulso allo sviluppo economico. (...) Ci si può allora domandare come, con l'obbligo dell'equilibrio tra entrate e spese, accompagnato dal divieto del ricorso al debito, potrà essere garantito il complesso di questi diritti che hanno un costo oggi difficilmente sostenibile per la finanza pubblica. (...) Alcuni studiosi hanno affermato che questi diritti devono trovare tutela. Non è stato spiegato, però in che modo, questa tutela potrà essere garantita se le risorse sono carenti. Quello che sembra emergere, piuttosto, è la necessità di rivedere i trattamenti a favore dei diritti sociali, in vista di un loro ridimensionamento».

incommensurabile “cittadinanza” amministrativa che non può essere finanziariamente condizionata”<sup>70</sup>.

Non si può dubitare che i governi nazionali combattono, allo stato, in chiave storica, il maggior grado di disuguaglianza sociale e di povertà<sup>71</sup>, e il tema

70. Cfr. F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 490. Dello stesso autore, già impegnato nella definizione dei diritti sociali quali “diritti finanziariamente condizionati”, nel lavoro monografico *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 28 ss.; si veda, inoltre, Id., *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'Unità d'Italia*, in *Dir. e soc.*, 2012, 93 ss. Sui vincoli della finanza pubblica, e sui diritti, si veda altresì, il contributo di R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, 59 ss; R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 201 ss. Inoltre, anche V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, cit., soprattutto 50-131, ove l'A. dipana il rapporto di prestazione anche sul piano del processo di dequotazione empirica dei diritti sociali rispetto alle previsioni costituzionali.

71. Sul tema, il pregevole saggio di B. G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 360 ss., che evidenzia il rilievo giuridico della povertà all'interno dell'ordinamento, sotto il profilo del suo accertamento (al fine di individuare i soggetti bisognosi, ai quali erogare determinate prestazioni) e della sua misurazione (al fine di valutare la gravità e la dimensione del disagio e definire politiche pubbliche di ausilio. In tal senso, l'A. rileva che la povertà assume un duplice rilievo giuridico: «in senso assoluto, come condizione di disagio da eliminare, come problema da risolvere; e in senso relazionale, come rapporto tra la condizione dei più poveri e quella dei più ricchi, come condizione di disuguaglianza da attenuare o compensare. La prima prospettiva impone di individuare una soglia di povertà: chi si trova al di sotto di essa, avrà titolo a determinate prestazioni. I relativi interventi possono quindi essere sintetizzati in un periodo ipotetico, con una protasi (“se sei povero”) e un’apodosi (“riceverai una prestazione”). La seconda prospettiva implica piuttosto una valutazione relativa, del grado di disuguaglianza nella distribuzione della ricchezza, in vista di eventuali politiche redistributive». Per l'A., i fini perseguiti attraverso le funzioni amministrative devono essere ricondotti a tre grandi obiettivi: accrescere la ricchezza complessiva; ridurre le conseguenze negative della povertà; ridurre le disuguaglianze, ma «la storia dello Stato italiano dimostra che la cosa più difficile è ridurre le disuguaglianze, soprattutto quelle territoriali. Nel complesso, infatti, i 150 anni di questa storia hanno condotto a grandi insuccessi con riferimento ai primi due obiettivi e ad un sostanziale insuccesso per il terzo» (369). Ad avviso dell'A., ciò che caratterizza il sistema italiano è la frammentarietà della visione politica e degli strumenti predisposti: nel senso che «a volte le prestazioni assistenziali sono erogate ai poveri in quanto tali, altre volte è necessario un ulteriore requisito soggettivo, perché le prestazioni sono riservate al povero lavoratore, al povero studente, al povero malato, al povero disabile, al povero con famiglia numerosa, al povero anziano e così via. Nel primo caso, le funzioni rispondono indubbiamente e squisitamente allo scopo di lotta contro la povertà; se si vuole usare una terminologia un po' datata, si ha beneficenza. Nel secondo caso, usando la stessa terminologia si ha piuttosto assistenza e il fine principale non è quello di combattere o attenuare la povertà, ma un fine variabile: la tutela del lavoro, della salute, della famiglia, l'istruzione e così via.» Sulla base di tali notazioni di carattere generale, l'A. sostiene che «nella legislazione italiana il secondo approccio è sempre stato prevalente: il legislatore si è raramente preoccupato dei poveri in quanto tali, di tutti i poveri; molto più spesso, si è preoccupato di singole categorie deboli, la cui debolezza è accentuata dall'eventuale povertà. Ciò era vero prima della Costituzione, quando la legge prevedeva specifiche prestazioni da riservare ai poveri, ed è vero in epoca costituzionale, dominata da discipline frammentarie. Questo approccio è coerente con la più generale tendenza alla micro legislazione propria del legislatore italiano, che preferisce procedere per specie piuttosto che per generi, per deroghe piuttosto che per regole» (379). Sul tema, inoltre, sul versante della connessione della povertà e dell'esclusione con il tema della cittadinanza, e della solidarietà (univoca o biunivoca) come connotato dei compiti pubblici e della partecipazione degli individui e della società ai processi di inclusione ed integrazione, si veda F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie, e strumenti per i soggetti pubblici*, cit., 41 ss.; mentre, sul ruolo dei cittadini e delle formazioni sociali a tali processi, il riferimento è al contributo

dei diritti sociali è di urgente attualità, rispetto alla necessità di individuare e calibrare le politiche pubbliche destinate ai bisogni sociali.

Parte della dottrina ha scelto di effettuare una lettura dell'impegno dei governi in chiave di bilanciamenti ed equilibri, "dove determinati e irrinunciabili obiettivi di tipo economico" s'intendono "raggiungibili solo a spese di altri obiettivi di tipo sociale e politico"<sup>72</sup>.

Con un approccio massimamente relativista, infatti, è stato sostenuto che il riconoscimento dei diritti e delle libertà richiede una sorta di scelta a somma zero, nel senso che ogni progresso nel riconoscimento di un diritto o nella garanzia di una libertà comporta un regresso nel riconoscimento di un altro diritto o nella garanzia di un'altra libertà<sup>73</sup>.

Sotto diverso profilo, ed in modo più pregnante, il fenomeno complesso della riduzione delle prestazioni pubbliche, legate ai diritti fondamentali, invece, è stato osservato e correlato alla dimensione normativa sovranazionale<sup>74</sup> ed alle spinte ed ai vincoli in materia economico-finanziaria imposte ai parlamenti nazionali<sup>75</sup>.

---

di A. POLICE, *Ruolo e Responsabilità dei cittadini, delle formazioni e dei gruppi sociali nella lotta alla povertà ed alla esclusione. Problemi giuridici della "Shared Governance"*, cit., 539 ss.; e i contributi raccolti nel volume *Le disuguaglianze disponibili nei sistemi autonomistici multilivello*, F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, (a cura di), cit. Sul tema, una nuova attenzione della dottrina è anche nei contributi recenti di V. ATELLA, A. BRUNETTI, E. FELICE, S. FRANCISCI, G. VECCHI, tutti in *In ricchezza e povertà. Il benessere degli italiani dall'Unità a oggi*, G. VECCHI (a cura di), Bologna, 2011; V. CERULLI IRELLI., *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Dem dir.*, 2005, 57 ss.; H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004; S. CASSESE, *L'incompletezza del "Welfare State" in Italia*, cit., 259 ss.; E. BALOCCHI, *La qualificazione di povertà nel diritto amministrativo*, Milano, 1967.

72. Cfr. J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, Milano, 1999, 20.

73. Cfr. R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, G. COCCO (a cura di), in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 95.

74. Sul punto, in termini generali, v. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; Id., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009. Sull'intreccio dei condizionamenti europei e degli aspetti giuridici ed economici relativi al recente *Fiscal compact*, al *Six pact*, al Meccanismo europeo di stabilità, si vedano le note 322 e 323 del cap. III. Inoltre, si veda il contributo di A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, Soveria Mannelli, 2005, soprattutto 69 ss., nella parte della riflessione in cui ha cura di evidenziare come il prodotto giuridico della globalizzazione sia connesso con il circuito ed i contenuti dei diritti, atteso che le spinte della globalizzazione hanno un effetto diretto ed incidono nei singoli ordinamenti ed in particolare sull'articolazione del potere di programmazione e decisione in materia economico-finanziaria dei parlamenti nazionali, e soprattutto sulla leva strategica delle decisioni e delle politiche fiscali, con il risultato negativo di neutralizzare il controllo democratico sul bilancio e sul rapporto spese/entrate e, sul piano generale, intaccando i meccanismi tradizionali e i contenuti della sovranità nazionale. Nella medesima prospettiva, partecipa al dibattito, R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, Napoli, 2005, 370, nella cui analisi, in generale, emerge la preoccupazione del giurista di fronte alla riduzione delle prestazioni pubbliche, la quale non costituisce una scelta riferibile al popolo sovrano ed al circuito della rappresentanza parlamentare, ma bensì una scelta imposta dall'esterno del sistema rappresentativo (tra cui, dal patto di stabilità europeo, dai parametri stabiliti dal Fondo monetario internazionale, e dai parametri stabiliti in sede comunitaria sul mercato e nei diversi comparti d'azione, tra cui il settore del credito, della finanza, e degli investimenti in tema di coesione sociale).

75. Sul punto, l'approfondimento di L. FERRAJOLI, *Lo Stato costituzionale, La sua crisi ed*



I diritti sociali, dunque, si confrontano con la crisi fiscale dello Stato sociale e con la progressiva scarsità delle risorse disponibili<sup>76</sup> ma, su tale versante, segnano ed alimentano una prospettiva d'indagine certamente più recente, che contraddistingue un avanzamento ed un'ulteriore fase del dibattito sulla dequotazione empirica<sup>77</sup> dei diritti sociali rispetto, però, ad un nuovo oggetto d'indagine.

Ad avviso di chi scrive, infatti, tali posizioni – che pongono l'accento sulla cd. riserva del ragionevole e possibile – evidenziano l'attenzione su un oggetto d'indagine che non è più il diritto sociale quale categoria generale, e la natura giuridica della situazione soggettiva che in esso vive. E la sua azionabilità nel mondo giuridico.

Non può revocarsi in dubbio che occuparsi delle risorse, e della “possibilità organizzativa ed economica” dei diritti sociali, allo scopo di costruirne momenti puntuali e costanti d'esercizio nello spazio riconosciuto all'individuo ed ai gruppi sociali, significa allontanarsi dal soggetto protetto ed, invero, concentrare l'attenzione sul “percorso di protezione” dal diverso, e contingente e mutevole, angolo visuale dei mezzi disponibili, selezionati, e organizzati a sistema<sup>78</sup>.

---

*il suo futuro, cit.*, sul processo di svuotamento della politica e delle forme rappresentative della democrazia, che si manifesta sia nella crisi dello stato nazionale sovrano determinata dai processi di globalizzazione (317) sia nell'aggressione allo stato sociale, in contrasto con le promesse costituzionali (322). Per L'A., di fronte alla crisi della sovranità degli stati (dagli Stati Uniti ai paesi dell'Unione europea) e, insieme, ai processi di assoggettamento della politica all'economia, l'alternativa al tramonto dello stato di diritto è considerata la promozione di un'integrazione giuridica e istituzionale, in aggiunta all'ormai – ritenuta – irreversibile integrazione economica, e lo sviluppo di uno stato di diritto senza stato allargato ai poteri economici privati e all'altezza dei nuovi luoghi non più statali, ma extra o sovrastatali, nei quali sono spostati il potere e le decisioni: sul versante della tutela dei diritti, quale sfera c.d. del non decidibile, «in questa prospettiva la costruzione di uno stato di diritto sovrastatale – a livello europeo, e più ancora a livello internazionale – richiede un percorso inverso a quello compiuto dagli stati nazionali: non già il costituzionalismo quale completamento del paradigma giuspositivistico dello stato legislativo di diritto ma al contrario la costruzione dello stato legislativo di diritto quale attuazione delle promesse costituzionali espresse dai diritti fondamentali. Il diritto sovrastatale, infatti, dispone già di innumerevoli carte e dichiarazioni di diritti, regionali e internazionali. Il vuoto di un diritto pubblico sovrastatale al quale ho più sopra accennato è soprattutto vuoto di garanzie di tali diritti, che richiede norme di attuazione in grado di colmare le loro lacune» (328-329).

76. Sul punto, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo, cit.*, 58-63, rileva che, per un fenomeno di “perversa eterogenesi dei fini”, la canonizzazione costituzionale dei diritti sociali non è riuscita a “blindare” tali valori, verificandosi una loro relativizzazione la cui causa fondamentale è riconosciuta nella crisi fiscale dello Stato sociale, che ha comportato una riduzione dell'attuazione dei diritti, dovendosi selezionare gli ordini di priorità e gli strumenti adeguati.

77. Con uno sguardo d'approfondimento prevalente sulla dequotazione empirica del diritto alla salute, e sul ruolo stabilizzatore della Corte costituzionale, i cui orientamenti si muovono sull'asse segnato, da un lato, dai diritti finanziariamente condizionati e, dall'altro, dal contenuto essenziale dei diritti (a far data dal *leading case* Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, in *Regioni*, 1991, 1513 ss con note di E. FERRARI, e di M. COCCONI), si veda il lavoro monografico di V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali, cit.*, 60 ss.

78. In senso conforme, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2000, 110, secondo cui “si tratta di un equivoco,

In tal modo, la sostanza dei diritti sociali viene fatta dipendere dalle prestazioni pubbliche e dall'oscillazione del pendolo del contesto economico di riferimento.

La mutata prospettiva e la parzialità di tale visione si mantiene se l'attenzione al complesso degli strumenti non è interpretata (e temperata), appunto, in chiave servente rispetto all'idea della forza precettiva e conformativa dei diritti sociali rispetto tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici o anche privati, che in base al principio di sussidiarietà orizzontale possono partecipare alla realizzazione di tali diritti.

Con tale riflessione, non vuole intendersi che il profilo "del ragionevole e possibile" quanto ai mezzi sia di poco rilievo, essendo un aspetto che partecipa alla dimensione d'effettività dei diritti sociali; è noto che si tratta di materia storicamente delicata, affidata al ruolo "stabilizzatore" della Corte costituzionale, che è intervenuta sui diritti sociali, affinando le tecniche decisorie delle sentenze additive di prestazione e di principio, nella proiezione interpretativa dei concetti di debolezza e di svantaggio (cui i diritti sociali sono fisiologicamente chiamati a porre rimedio) che hanno per natura un'attitudine espansiva e possono essere considerati alla base del periodico aggiornamento dei diritti costituzionali<sup>79</sup>.

---

perché qui non ha a che fare con una concorrenza nel contenuto dei diritti, ma con la regolazione dei mezzi."

79. Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 22. Come noto, dalla seconda metà degli anni '80, la Consulta abbandona il precedente orientamento restrittivo, per approdare ad una lettura degli artt. 2, e 3, comma 2 Cost. come clausole generali in grado di ampliare ed esplicitare dimensioni nuove e aggiornate dei diritti costituzionali, pur sempre espressive di valori già sottesi al testo costituzionale ed ai suoi principi. Sul punto, è stato osservato che «è proprio il testo a rendere possibile e a legittimare, al tempo stesso costituendone il limite estremo, operazioni ermeneutiche di nuovi significati e prospettive sostanziali (impliciti, trasversali, strumentali) del pieno sviluppo della persona e della dignità sociale. (...) Questa è la caratteristica più profonda e coesistente al fenomeno costituzionale come progetto aperto ad una continua e flessibile riformulazione di contenuti e di equilibri che promana dai contesti sociali e materiali richiamati proprio dai concetti costituzionali ad elevata indeterminazione semantica che inverano l'istanza personalista (pieno sviluppo della persona, ma anche dignità sociale, utilità sociale, ostacoli di ordine economico e sociale). Ed è illusorio pensare dentro queste categorie "storiche", e perciò "provvisorie" e rideterminabili, sia possibile tracciare gerarchie nette e definitive, fondate soltanto sul contrassegno formale dell'inserimento o meno di un diritto nel catalogo costituzionale.» (cfr. A D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, cit., XVIII-XIX). Senza pretesa di esaustività rispetto un tema così complesso, sul profilo problematico dell'attuazione dei diritti sociali, e sulla riserva del ragionevole e del possibile come tecnica di bilanciamento utilizzata dalla Corte costituzionale, ex plurimis, si veda F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 72 ss. In senso critico sull'atteggiarsi del rapporto tra il potere del legislatore, vincolato all'attuazione della Carta fondamentale, ed il sindacato della Corte, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992, 111, secondo cui non può negarsi che in nome di una gradualità dipendente dal condizionamento finanziario sono state giustificate, spesso, discrezionali delimitazioni dei diritti a prestazione, con un ruolo passivo della Consulta. In senso conforme, nella direzione di evidenziare come l'operato della Corte si sia atteggiato "a supina ratifica dell'operato del legislatore",



Certamente, rimane di stringente attualità la constatazione che tutti i diritti costano, perché costa tutelarli e costa soprattutto garantirli in modo uniforme ed equo<sup>80</sup>.

Sotto tale profilo, è bastevole il rilievo del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali per evidenziare che la considerazione degli aspetti di copertura finanziaria (dei mezzi e degli strumenti), o meglio il legame dei diritti sociali con la nozione di diritti finanziariamente condizionati, sia fuorviante poiché correla ciò che il diritto sociale è alla quantità e qualità delle prestazioni stabilite di volta in volta dal legislatore, e finanziariamente sostenibili dagli apparati, come se gli equilibri finanziari fossero di pari rango rispetto al contenuto di tali diritti.

In tal modo, si disperde l'identità costituzionale dei diritti sociali, quale conseguenza diretta del loro inserimento nelle logiche di contabilità pubblica, nazionali o sovranazionali; ed altresì si definiscono i diritti sociali con il riferimento esclusivo alle prestazioni pubbliche, in aperta violazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

Sugli aspetti legati al tema del finanziamento dei diritti sociali, il dibattito è intenso. V'è la riflessione di chi avverte come la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni è prevista dalla Costituzione al fine di individuare, non tanto, il contenuto dei diritti costituzionali, quanto piuttosto, il complesso

---

E. FERRARI, *Diritto alla salute e prestazioni finanziarie tra bilanciamento e gradualità (nota al leading case Corte cost. 16 ottobre 1990, n. 455)*, in *Regioni*, 1991, 1513 ss. Invero, nel dibattito, parte della dottrina valorizza il ruolo della Corte costituzionale, laddove essa abbia elaborato una nuova tecnica decisoria rispetto alla tradizionale dicotomia accoglimento/rigetto della questione di legittimità costituzionale. Si tratta delle sentenze additive di prestazione, dalle quali deriva l'imposizione diretta a carico dello Stato di un obbligo di prestazione non legislativamente previsto; e delle (meno invasive) sentenze additive di principio attraverso cui la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, nella parte in cui non prevede alcunché, pone esclusivamente un principio, senza un immediato onere finanziario per lo Stato, ma con notevoli questioni aperte sotto il profilo dell'efficacia della decisione medesima. In generale, sull'evoluzione del sindacato della Corte nella materia dei bisogni sociali di protezione, anche per i riferimenti bibliografici, si veda C. PINELLI, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 3163 ss.; PEZZINI B., op. ult. cit., soprattutto 200 ss.; Id., *Principi costituzionali e politica nella Sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, C.E. GALLO, B. PEZZINI, (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 1ss.; A. PIZZORUSSO, *Le "generazioni" dei diritti nel costituzionalismo moderno*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO, *Diritto di Welfare*, Bologna 2010, 68 ss.; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 170 ss.; M. SICLARI, *Le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute e di diritto all'assistenza*, BALDUZZI R., DI GASPARO G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002 111 ss.; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, cit., soprattutto 876-879; PARODI G., *Le sentenze additive di principio*, in *Foro it.*, 1998, V, 160 ss.; COLAPIETRO C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Milano, 1996; HABERLE P., *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Firenze, 1993, soprattutto 180 ss.

80. Come noto, il riferimento è alla riflessione di HOLMES S., SUNSTEIN C.R., *The costs of Rights. Why Liberty depends on taxes*, New York-Londra, 1999, trad. it., Bologna, 2000.

delle prestazioni che deve essere erogato uniformemente sul territorio nazionale, e che individua un elemento di forte criticità – in termini di dequotazione dei diritti sociali – nella scelta maturata dal legislatore della riforma introduttiva del federalismo fiscale (l. n. 42/2009) di considerare e trattare solo alcuni dei diritti sociali considerati più importanti (salute, istruzione, lavoro e assistenza), con l'effetto di escludere tutti gli altri diritti sociali dai processi di copertura finanziaria delle prestazioni<sup>81</sup>.

Si soffermano sul tema, in senso critico, anche coloro che indicano di configurare i livelli essenziali delle prestazioni nell'ottica del vincolo del legislatore nazionale, giuridicamente obbligato ad adottare tutte quelle misure che appaiono ragionevolmente necessarie per garantire ad ogni individuo l'effettivo esercizio del contenuto essenziale dei vari diritti civili e sociali, con la responsabilità dei giudici, e soprattutto della Corte costituzionale di censurare le leggi dello Stato che prevedano livelli di prestazione troppo bassi o troppo alti<sup>82</sup>.

### **2.5. I diritti sociali come diritti della personalità e come diritti di credito**

I “diritti finanziariamente condizionati”, o meglio le criticità riscontrabili sul versante della dequotazione empirica dei diritti sociali, sono oggetto di considerazione di quella parte della dottrina che, da un alto, fa riferimento, ed assume come propria, la visione dell'inesigibilità delle posizioni soggettive sottese ai diritti sociali in ragione della mera forza precettiva delle sole norme costituzionali o di legge.

E, dall'altro, tuttavia, revoca in dubbio l'idea che tra la Costituzione (o meglio la varietà delle situazioni soggettive riconosciute) e la sua attuazione vi sia un rapporto a “rime obbligate”, tale per cui è ammessa, invero, una pluralità astratta di attuazioni compatibili con la Costituzione, anche se non sempre desumibili a priori o in modo esclusivo dal testo costituzionale.

In questa direzione, infatti, è sostenuta l'idea che l'attuazione dei diritti sociali debba essere interpretata quale espressione “di un potere di scelta tra gli interessi in gioco che è demandato ad organi ed enti della Repubblica perché dotati di autonomia amministrativa (artt. 114–118 Cost.) o legislativa (artt. 114–117 Cost.) o forniti di indipendenza giuridica (artt. 1, 114, 101 Cost.) taluni dei quali trovano nel principio di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.) il principale o l'unico limite costituzionale all'esercizio dei relativi poteri”<sup>83</sup>.

81. Cfr. F. PALLANTE, *op. ult. cit.*, 270.

82. Cfr. A. GIORGIS, *Commento all'art. 3, comma 2 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, 101.

83. Cfr. R. Cavallo Perin, *Doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in R. Cavallo Perin, L. Lenti, M.G. Racca, A. Rossi (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, 2010, 14; l'A. ha cura di evidenziare che “la Repubblica” (art. 32 Cost.) è l'espressione di sintesi dedicata dalla Costituzione ai soggetti obbligati a dare tutela al

In questo quadro, dunque, il diritto sociale non emerge in modo immediato: si riconosce espressamente un nucleo indefettibile ed essenziale del diritto, non suscettibile di compressione neanche da parte del legislatore<sup>84</sup> ma, tuttavia, nella configurazione del diritto sociale per antonomasia quale è quello della salute, viene considerato alla stregua di un diritto di credito che si specchia in obbligazioni ad oggetto tendenzialmente complesso.

Infatti, in parallelo al diritto costituzionale della salute, esigibile *erga omnes* e configurato come diritto assoluto della personalità, si ritiene d'individuare veri e propri diritti di credito alle prestazioni sanitarie di pubblico servizio, nei limiti di qualità e quantità definiti dai programmi di servizio pubblico, siano essi norme di legge o atti amministrativi di programmazione e pianificazione, che assumono valore costitutivo fondamentale per la pregiudiziale selezione di tutti gli elementi essenziali dell'obbligazione, tra cui, in particolare, la figura del debitore verso gli utenti, il tipo di prestazione dovuta, la quantità ed i ritmi di erogazione delle stesse, nonché i soggetti creditori<sup>85</sup>.

Al riguardo, può osservarsi che l'impianto interpretativo esprime di per sé elementi di tensione, ed infatti l'intersecarsi del piano del ragionamento privatistico con quello pubblicistico porta ad assumere come riferimento una nozione di diritto della personalità più ampia di quella tradizionalmente affermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistiche, orientata verso i diritti fondamentali dell'uomo.

In questi termini, sotto il profilo giuridico, è argomentata la duplice valenza del diritto sociale: "da un lato, se ne può affermare una rilevanza privatistica, che emerge ogniqualvolta l'agire dei consociati pregiudica il diritto assoluto

---

diritto alla salute, mentre "ad organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato" si riferisce la stessa fonte per indicare i soggetti capaci di offrire soddisfazione ai diritti di assistenza; inoltre Id., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 2006, 60 ss.; Id., Art. 112, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, Padova, 2006, 604 ss..

84. L'approfondimento delle obbligazioni sanitarie e di servizio sociale, conduce CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 9 ss., anche attraverso il richiamo agli arresti giurisprudenziali sul tema, a ritenere sussistente un nucleo essenziale ed indefettibile del diritto sociale alla salute, considerato "non suscettibile di compressione" (Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509; Corte cost., 16 luglio 1999 n. 309, Corte cost., 17 luglio 1998 n. 267), sino a giungere all'idea che la disciplina costituzionale possa legittimare addirittura l'assunzione a carico del Servizio sanitario nazionale della spesa per prestazioni sanitarie "atipiche", cioè il pagamento di farmaci somministrati ai pazienti affetti da patologie tumorali, oggetto soltanto di una sperimentazione (sul dibattito generato dal caso del multitrattamento Di Bella: Corte cost. 26 maggio 1998, n. 185; in tema E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Diritti alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Milano, 2003). Similmente, si è riconosciuto un "nucleo indefettibile" nel diritto fondamentale dei disabili all'istruzione (artt. 34 e 38 Cost.) non suscettibile di compressione e dunque "limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore", con conseguente illegittimità dell'abrogazione di una norma che prevedeva ore di sostegno aggiuntive per gli alunni affetti da disabilità particolarmente gravi (Corte cost. 26 febbraio 2010 n. 80; v. Corte cost. 4 luglio 2008 n. 251)." (13).

85. Sulle prestazioni accessorie, inoltre, si veda il contributo di M. CONSITO, *Le prestazioni accessorie in sanità*, cap. III, in *I diritti sociali come diritti della personalità*, cit., 29 ss.

del singolo alla salute e che trova diverse epifanie in specifiche disposizioni normative; d'altro canto, risulta evidente una coesistente dimensione pubblicistica che attiene al rapporto fra Stato e cittadino ed ha per oggetto le prestazioni che il secondo può legittimamente attendersi dal primo a tutela del proprio benessere psicofisico, in un contesto storico caratterizzato dalla funzione dello Stato moderno di promozione attiva del benessere dei cittadini attraverso l'intervento in campo socio-assistenziale oltre che economico<sup>86</sup>.

Dunque, il titolo giuridico dell'obbligazione<sup>87</sup> è costituito dalla legge e da-

86. Cfr. A. MANTELEO, *Diritti assoluti della personalità alla salute e alla privacy*, ivi, cap. VII, 126., secondo cui, se è vero che la disposizione costituzionale suggella il superamento della pregressa impostazione ottocentesca nella quale la salute veniva ridotta a mera questione di polizia sanitaria nell'interesse della collettività, attraverso il riconoscimento in essa del contenuto di un fondamentale diritto dell'individuo, tuttavia, sul versante dell'attuazione, l'A. sostiene che «la valorizzazione del diritto in esame nelle politiche sociali risulti in concreto condizionata dai vincoli organizzativi e finanziari che incidono sull'agire dell'amministrazione e che, nello specifico, possono tradursi in una riduzione delle prestazioni erogate e conseguentemente in una limitazione della piena affermazione dello stesso (Cass., 17 maggio 2007, n. 11462; T.A.R. Liguria, 28 giugno 2006, n. 705; C. Stato, 22 aprile 2004, n. 2296; Cass., 1 settembre 2004, n. 17594).» (127-128).

87. In ordine all'analisi incessante della dottrina sui diritti di credito e sull'istituto dell'obbligazione, in relazione al tema che interessa, anche per i frequenti richiami contenuti in *I diritti sociali come diritti della personalità*, cit., si veda, *ex plurimis*, nondimeno per i riferimenti bibliografici, A. DI MAJO, voce *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, 1 ss., XXI, 1990 Roma, nella parte in cui la centralità della nozione di "diritto di credito" nell'ambito della teoria dell'obbligazione conduce l'A. ad evidenziare che «del diritto di credito può sottolinearsi l'aspetto della "pretesa" rivolta verso il debitore e cioè la direzione del diritto verso un soggetto determinato tenuto ad adempiere (c.d. relatività del credito). È il profilo che ha anche fatto dubitare che il credito possa definirsi un diritto soggettivo. Il creditore in realtà non gode di alcun *agere licere* né sulla persona del debitore né sulla prestazione o sull'oggetto di essa. Una tale nozione di diritto soggettivo muove tuttavia da una concezione riduttiva, secondo la quale diritti soggettivi sarebbero solo quelli che esprimono una situazione di appartenenza di beni, nel senso della libertà di godimento o di disposizione dei medesimi». Tuttavia, l'A. evidenzia che la nozione di diritto soggettivo «può anche estendersi a ricomprendere situazioni in cui ad un soggetto è garantita l'utilità o il beneficio derivante dall'altrui comportamento. Il che tuttavia non significa, come vedremo, che il criterio ricostruttivo di una tale situazione debba essere lo stesso che presiede alla definizione della situazione di dominio sui beni o su di utilità. Il creditore non ha una posizione di dominio né sulla persona del debitore, come era in antico, né sulla prestazione dovuta (come riteneva il Savigny). Ciò non toglie tuttavia che è appropriato definire il rapporto tra di esso e la prestazione (dovuta) nei termini di una situazione di vantaggio, rispetto ad essa, del creditore e/o prerogativa di esso, siccome unico soggetto legittimato a chiederne l'adempimento (attraverso, ad es., la costituzione in mora del debitore) e a pretendere l'osservanza, anche nelle forme coattive (come i danni altresì in caso di inadempimento). Questo aspetto costituisce la sostanza o la base della nozione di "appartenenza" o "titolarità" del (diritto di) credito, nozione altrimenti inutile, ove non la si voglia semplicemente riferire all'imputazione soggettiva del credito." Sul sistema rigido o aperto del sistema delle fonti dell'obbligazione, il richiamo all'ordinamento giuridico di cui all'art. 1173 c. c., è inteso nel senso che situazioni e accadimenti economico sociali possono essere dotati di efficacia vincolante, alla luce di principi e criteri desumibili dall'ordinamento, e soprattutto anche dei principi di rango costituzionale quali gli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale, il diritto e il dovere del lavoro, la funzione sociale della proprietà, la sicurezza, libertà e dignità umana.» Si sofferma, anche, sulle ragioni pregiuridiche dei rapporti obbligatori, che muovono dalla ineguale distribuzione dei beni e delle capacità e servono alla soddisfazione dei bisogni individuali e collettivi G.U. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*,

gli atti amministrativi di pianificazione e programmazione nazionali, regionali, e locali, e il richiamo alle teorie classiche dell'obbligazione civile segnano la riflessione, che utilizza la categoria dell'obbligazione mista o ad oggetto complesso allo scopo di specificare che, nei diritti sociali, la prestazione di sostegno e protezione per il superamento del bisogno sociale riunisce in un unico rapporto un'obbligazione principale e altre obbligazioni accessorie, che sarebbero normalmente oggetto della disciplina di differenti contratti tipici, o ancora il mescolamento in un unico contratto di elementi di diversi tipi contrattuali<sup>88</sup>.

In tale cornice, l'obbligazione relativa ai servizi sociali d'assistenza (l. n. 328/2000) è considerata complessa, investendo le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi e/o prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita.

---

in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 145, secondo cui "nel definire il credito come diritto soggettivo, si è condivisa l'ampia nozione, convalidata dallo storico atteggiarsi della categoria, incline a comprendervi così la proprietà (ed i diritti su cosa altrui) come l'obbligazione (ed altresì i diritti della personalità)". Ferme tali premesse, per l'A., non è incompatibile con un così largo concetto del diritto soggettivo e del rapporto giuridico la convinzione che il rapporto obbligatorio costituisca il modello "tipico" di rapporto. Il fondamento positivo può ritrovarsi in ciò, che la struttura dell'obbligazione ricorre anche fuori del "diritto delle obbligazioni" (nel nostro sistema consegnato al quarto libro del codice), dal diritto di famiglia al diritto ereditario, dalla materia della proprietà e dei diritti reali a quelle dell'impresa e del lavoro. Il risultato pratico, in via di anticipazione, può già indicarsi nell'applicazione dello schema e della generale normativa delle obbligazioni anche fuori dello specifico settore, ogni volta che dal rapporto obbligatorio ricorrono la struttura e la funzione» (145).

88. In tal senso, R. CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 5, evidenza, con ampi richiami giurisprudenziali, la ricostruzione come obbligazione ad oggetto complesso per il c.d. contratto di ospedalità, «in cui l'organizzazione sanitaria – pubblica o privata – assume l'obbligazione principale di erogare la prestazione di cura e diagnosi, rispetto a cui hanno carattere accessorio la somministrazione e fornitura di farmaci (Cons. St. sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5016), o i servizi alberghieri e di ristorazione, di pulizia o di apprestamento del personale medico, paramedico e ausiliario e delle attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni od emergenze (Cass., sez. III, 28 novembre 2008, n. 14742; Cass., sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953; Cass., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066; Trib. Milano, 30 settembre 2009, Trib. Milano, 10 settembre 2007, P.P. c. Fondazione Centro S. Raffaele)». Sono, inoltre, ritenute accessorie le prestazioni di trasporto dei disabili a cura di una fondazione che ha stipulato una convenzione con l'U.S.L. (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 23 settembre 2002, n. 2525. Ed altresì anche le prestazioni relative all'informazione dovuta al paziente per ottenerne il consenso informato, accedono all'obbligazione principale del contratto di ospedalità. Come rivelano carattere accessorio tutte le attività e i comportamenti dei genitori relativi alla prestazione d'assistenza – prevista *ex lege* (art. 147 e 279 c.c. e art. 30 Cost. ) di istruire la prole, che consta dell'obbligazione principale di trasmettere le proprie conoscenze e garantirne la frequenza scolastica, e dell'obbligazione accessoria dei mezzi economici a tal fine necessari. Le prestazioni richiamate sono inquadrate dall'A. come obbligazioni accessorie in quanto «esigibili solo in occasione, sul presupposto o a causa dell'obbligazione principale, mentre sono irrilevanti a tal fine gli ulteriori elementi essenziali o accidentali dell'obbligazione come la definizione di un corrispettivo unitario o plurimo che deve essere pagato, non importa se ad un unico gestore-debitore oppure ad una pluralità di essi, da parte del degente o con addebito al servizio sanitario nazionale o a terzi come le assicurazioni o i familiari». Inoltre, si veda il contributo di B. GAGLIARDI, *I diritti sociali all'assistenza e alla salute come diritti di credito alle prestazioni di pubblico servizio*, in *op. ult. cit.*, 97 ss.

A ben guardare, l'approfondimento del settore sanitario e sociale conduce l'orientamento richiamato a porre due ulteriori qualificazioni relative ai diritti sociali quali diritti di credito.

La prima attiene all'individuazione della prestazione sanitaria o di servizio sociale quale "obbligazione di mezzi" in senso civilistico, poiché, di regola, il soggetto passivo è liberato anche ove non sia raggiunto il risultato auspicato dalle parti, ma sia data prova dell'esecuzione diligente, con rispetto delle norme di prudenza, delle linee guida e dei protocolli; in tale prospettiva d'ordine generale, si specifica che la prestazione deve consistere in un servizio (bene o attività) determinato, ivi compresa la corresponsione di un contributo economico, cioè un'obbligazione avente ad oggetto prestazioni di dare o fare, secondo la ripartizione tradizionale e nella cornice della categoria dei rapporti di utenza<sup>89</sup>.

Tuttavia, in relazione alla ricorrenza – presente nel diritto positivo – della qualificazione delle prestazioni socio-sanitarie, c.d. integrate, viene formulata un'eccezione, non ritenendosi civilisticamente sussistente il collegamento dei rapporti giuridici, ma forme organizzative di coordinamento integrato di prestazioni, che mantengono caratteri di separatezza tra loro, e che s'indirizzano distintamente ai bisogni sanitari e sociali dell'individuo, organizzati con scelte amministrative allocate su piani differenti di competenza (la rete di prestazioni sanitarie pianificate a livello di competenza regionale, mentre le prestazioni sociali rimangono prevalentemente di competenza comunale, con una comune cabina di regia nella conferenza tra sindaci e aziende sanitarie).

In tale prospettiva, dunque, la natura giuridica del diritto di credito dell'utente verso il gestore è considerata pacifica, soprattutto laddove l'esercizio del diritto sia condizionato da un atto di ammissione alla prestazione ed, a *fortiori*, dalla sussistenza di un contratto stipulato di utenza.

In ordine al rapporto tra diritti sociali e cittadinanza, è mostrata una pe-

89. Cfr. R. CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 19, che richiama, sul versante delle prestazioni, le riflessioni della dottrina sulla categoria del servizio universale e in particolare sui servizi pubblici e sui rapporti di utenza nel riferimento – oltre ai suoi contributi quali *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit.; Id., *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, cit., 201 ss.; Id., Art. 112, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali* (anche a cura di A. Romano, oltre l'A.) Padova, 2006, 604 ss.; Id., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss. – alle ricostruzioni di A. De VALLES, *I servizi pubblici, in Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. VI, pt. I, V.E. ORLANDO (diretto da), Milano, 1924; G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ.*, 1986, II, 107 ss.; G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *La concessione di servizio pubblico*, Milano, 1995, ed in *Dir. amm.*, 1994, 201 ss.; E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000; L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, 113ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti d'utenza*, Padova, 2001; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002.; D. CASALINI, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 2690 ss.



culiare attenzione d'analisi anche rispetto al profilo della spettanza della prestazione dedotta nell'obbligazione a tutti gli amministrati ovvero, in termini escludenti, ai soli cittadini, con una lettura in chiave discriminatoria di quei requisiti – ove stabiliti per la fruizione delle prestazioni sociali – subordinati e/o condizionati al titolo giuridico dell'appartenenza e della cittadinanza.

Come questione d'ordine generale, s'evidenzia il rilievo della definizione dei limiti costituzionali e dei limiti della legislazione vigente sulla determinazione dei soggetti legittimati a divenire titolari di una posizione soggettiva pretensiva, attesa la direzione dell'ordinamento interno di riconoscere il diritto all'uso dei servizi sanitari e sociali alla categoria degli stranieri extracomunitari, lavoratori e legalmente residenti<sup>90</sup>.

## 2.6. I diritti sociali come diritti fondamentali

La teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali trascende l'opposizione storica con i diritti di libertà, e riporta i diritti sociali allo specchio della Costituzione, e di quell'intreccio plurale tra libertà ed uguaglianza, nelle numerosi varianti ricostruibili intorno all'immagine socialmente radicata dell'uomo<sup>91</sup>.

Nell'ambito di tale spazio tematico, se pur si registrano accenti differenti sui contenuti relativi ai principi ed alle c.d. clausole fondative del costituzionalismo dei diritti sociali, tuttavia, può notarsi una comune matrice di fondo nell'idea di identificare la forma e la struttura di essi come “fondamentale” sul piano costituzionale, conseguendo, in tal modo, l'effetto di definire uno statuto tale da sottrarli e renderli inviolabili dalla politica, dal mercato, e dalla crisi economica degli Stati<sup>92</sup>.

Nell'articolazione del dibattito, una parte della dottrina<sup>93</sup> muove dal riferimento al disegno personalista inciso nella Costituzione: “i diritti inviolabili dell'uomo” (art. 2), “la pari dignità sociale” (art. 3, comma 1), e soprattutto “il pieno sviluppo della persona umana” (art. 3, comma 2) definirebbero in senso dinamico la struttura e la funzione dei diritti fondamentali come fattori

90. Come noto, sul tema in argomento, si profilano due tendenze opposte. Da un lato, v'è chi sostiene una scomposizione della cittadinanza con la prospettiva di ampliare il novero dei soggetti beneficiari di prestazioni e titolari di diritti. Dall'altro, l'evoluzione segna la riscoperta dell'identità nazionale considerata in un'interpretazione escludente di cittadinanza che ha lo scopo di circoscrivere e ridurre l'ambito dei soggetti beneficiari delle prestazioni del Welfare state. Per un approfondimento, senza pretesa di esaustività, si veda L. ZANFRINI, *Cittadinanze. Appartenenze e diritti nella società dell'immigrazione*, Roma, 2007, XXII ss.; P. COSTA, *La cittadinanza*, Roma, 2005; C. SALAZAR, “*Tutto scorre*”: riflessioni su cittadinanza, identità, e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Pol. dir.*, 2001, 380 ss. M. CUNIMBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici storiche di riferimento*, Padova, 1997; G.U. RESCIGNO, *Cittadinza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 37 ss.

91. Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, P. RIDOLA, P. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino 2002, 39.

92. Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 145.

93. Cfr. A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 10 ss.

di garanzia e promozione individuale, e di identificazione complessiva dello spazio giuridico dei diritti sociali, nel senso che l'immersione dell'istanza personalista nel processo di trasformazione sociale (riduzione delle disuguaglianze e integrazione sociale) segnerebbe – come scelta fondamentale del Costituente – la necessaria riconciliazione tra uguaglianza e libertà, e la sua sintesi nell'orizzonte assiologico e normativo della “libertà eguale”<sup>94</sup>, alla quale sia i diritti di libertà che i diritti in funzione dell'eguaglianza (i diritti sociali) contribuirebbero indivisibilmente, delineando la posizione dell'uomo nel disegno costituzionale<sup>95</sup>.

In particolare, per tale orientamento, il carattere costituzionalmente fondamentale di tali diritti è fortemente radicato nella dignità sociale e nel pieno sviluppo della persona, che vengono definiti altresì quale “ambiente relazionale” in cui gli stessi significati dell'eguaglianza (in senso formale ovvero in senso sostanziale), recuperano una forma progressiva ed unitaria, dentro la quale trovano spazio – anche alimentandosi e bilanciandosi reciprocamente – istanze personaliste e pluraliste, contenuti individuali e collettivi (i gruppi, le categorie deboli), profili formali (del trattamento paritario) e profili sostanziali (della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale)<sup>96</sup>.

Nello stesso filone interpretativo, ma con argomenti parzialmente non coincidenti, altra autorevole dottrina muove dall'opposizione strutturale tra le due classi di diritti (i diritti fondamentali e i diritti patrimoniali) da cui trae gli elementi e i criteri (anche meta-etici e meta-politici) in grado di fondare una risposta razionale alla domanda “quali diritti devono essere garantiti come fondamentali”, e riconoscendo ai diritti sociali i caratteri propri dei diritti fondamentali.

È interessante notare come la risposta elaborata, che individua quattro criteri e, precisamente, la dignità personale<sup>97</sup>, l'uguaglianza<sup>98</sup>, la tutela dei soggetti

94. L'espressione, come noto è di M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 560.

95. In questi termini A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, cit., XV.

96. Cfr. A. D'ALOIA, *op. ult. cit.*, XVII,

97. In particolare, sulla dignità della persona, L. FERRAJOLI (*op. ult. cit.* 157), richiama l'opposizione kantiana tra “ciò che ha un prezzo” e “ciò che non ammette equivalente”: «ciò che ha un prezzo può essere sostituito con qualcosa d'altro a titolo equivalente; al contrario, ciò che è superiore a quel prezzo e che non ammette equivalente è ciò che ha una dignità (...) Ciò che permette che qualche cosa sia fine a se stesso (*Zweck an sich selbst*) non ha solo valore relativo, e cioè un prezzo, ma ha un valore estrinseco, e cioè una dignità» (cfr. I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) trad. it., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 1997, 103 ss.) E ciò che possiede una dignità è l'uomo considerato come persona il quale «è elevato al di sopra di ogni prezzo, perché come tale (*homo noumenon*) egli deve essere riguardato, non come un mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé: vale a dire egli possiede una dignità (un valore interiore assoluto), per mezzo della quale costringe al rispetto di se stesso tutte le altre creature ragionevoli del mondo» (cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der sitten*, trad. it.. a cura di G. VIDARI, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 1970, parte II, *Principi metafisici della dottrina delle virtù*, 294).

98. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 159, approfondisce l'uguaglianza quale secondo fondamen-



più deboli<sup>99</sup> e la pace<sup>100</sup>, in realtà, identifica in essi i valori invocati dai diritti fondamentali e giuridicamente stipulati, a cui si correla il fondamento dell'universalismo dei diritti medesimi, riconosciuto come la sola tecnica normativa idonea a conseguire i fini o i valori che con essi si intende perseguire<sup>101</sup>.

Per tale dottrina, dire che i diritti fondamentali sono diritti universali significa affermare il riconoscimento: del loro valore essenziale quale garanzia e strumento del principio-valore dell'uguaglianza giuridica, essendo *iura omniun*, ossia ugualmente imputati a tutti; del valore e del significato di norme, ossia regole generali ed astratte, da cui discende il corollario della loro indisponibilità; e del loro operare, in quanto norme, come vincoli alla legislazione e, più in generale, ai poteri politici delle maggioranze che non possono ad essi derogare.

In tal modo, ed in una prospettiva più ampia, è elaborata la teoria della “sfera del non decidibile (che o che non)”, che i diritti fondamentali segnano nell'ordinamento con due meccanismi, diversificati per i diritti di libertà e per i diritti sociali: «precisamente, i diritti di libertà, consistendo in immunità cui corrispondono divieti in capo allo Stato, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di fare: nessuna maggioranza può decidere che un uomo sia messo a morte o privato senza processo della libertà personale. Al contrario, i diritti sociali, consistendo in aspettative positive cui corrispondono in capo alle pubbliche funzioni obblighi di prestazione in tema per esempio di assistenza sanitaria o di istruzione, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di non fare»<sup>102</sup>.

---

to assiologico dei diritti fondamentali e, in essi, dei diritti sociali, evidenziando che si tratta di un principio complesso che impone la tutela delle differenze e la riduzione delle disuguaglianze. In tal modo, essa è considerata il fondamento assiologico dei diritti di libertà, che sono tutti stabiliti a tutela dell'uguale valore delle differenze personali, e dei diritti sociali che sono tutti diretti a ridurre le disuguaglianze materiali e sociali.

99. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 160, sostiene il ruolo dei diritti fondamentali come leggi del più debole in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe in loro assenza. In particolare, il diritto alla vita contro la legge di chi è più forte fisicamente; i diritti di immunità e di libertà, contro la legge di chi è più forte politicamente, ed altresì i diritti sociali, «che sono diritti alla sopravvivenza contro la legge di chi è più forte socialmente ed economicamente».

<sup>100</sup> Nella visione di L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 162, devono considerarsi fondamentali tutti quei diritti dalla cui garanzia dipende la pace e la cui violazione giustifica non il dissenso ma la rivolta fino all'esercizio del c.d. diritto di resistenza, ed è mostrata una peculiare attenzione per i diritti sociali: innanzitutto tali diritti sono «secondo il paradigma hobbesiano e paleoliberal, i diritti alla vita, all'integrità e alla libertà personale, contro la legge del più forte propria dello stato di natura. Ma sono anche – in un mondo in cui sopravvivere è sempre meno un fatto naturale e sempre più un fatto artificiale, dipendente dall'integrazione sociale – i diritti sociali alla salute, all'istruzione, alla sussistenza e alla previdenza, dalla cui soddisfazione dipendono, nelle società odierne, i minimi vitali.» Per l'A. esiste una correlazione biunivoca tra il grado di pace e il grado di garantismo a sostegno di tutti questi diritti, atteso che la pace è tanto più solida e i conflitti meno violenti e sconvolgenti quanto più le garanzie di tali diritti sono estese ed effettive.

<sup>101</sup> L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 150 ss.

<sup>102</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 150.

Tra tutte le posizioni che inquadrano i diritti sociali come diritti fondamentali, il tratto caratterizzante di quella in esame consiste nell'idea di riconoscere attraverso di essi frammenti di sovranità in capo a tutti e a ciascuno, e perciò al popolo nella totalità dei suoi componenti.

Dunque, in termini di teoria generale, il nesso inscindibile tra diritti fondamentali e sovranità popolare – che emerge, come si vedrà, anche nelle più compiute e recenti teorizzazioni sui diritti sociali<sup>103</sup> – viene fondato attraverso due passaggi logico-giuridici.

Da un alto, rileva che tutti i diritti fondamentali, essendo conferiti ugualmente a tutti in quanto persone o cittadini, si riferiscono – come aspetto dell'universalità – al popolo intero.

Dall'altro, la considerazione della loro costituzionalizzazione, consente di affermare che i loro titolari abbiano una collocazione peculiare rispetto all'insieme dei pubblici poteri, che al loro rispetto e alla loro garanzia sono vincolati e funzionalizzati.

In tal modo, si rivelerebbe il significato profondo della democrazia.

In questo rapporto tra mezzi istituzionali e fini sociali, e nel conseguente primato dei diritti fondamentali sui pubblici poteri, delle “persone in carne ed ossa sulle macchine politiche e sugli apparati amministrativi”<sup>104</sup>.

Per altra autorevole voce nel dibattito, il carattere fondamentale dei diritti sociali s'inquadra nel collegamento fra Stato sociale e democrazia emancipante, e nella partecipazione equiordinata sia dei diritti di libertà che dei diritti sociali alle strutture di base che sorreggono l'idea stessa di “persona”<sup>105</sup>.

Le profonde trasformazioni dello Stato di diritto sono considerate l'origine di un nuovo spazio giuridico nel quale ai diritti di libertà si affiancano i diritti sociali come nuovi oggetti della protezione dell'ordinamento, anche e soprattutto perché il principio su cui questi riposano – l'eguaglianza – non è più in contrasto con l'originariamente opposto principio di libertà (anche in quanto, con quello, ineliminabile presupposto della democrazia) ne è in certa misura condizione ed ulteriore e migliore specificazione.

In tal modo, il rifiuto della a-socialità dei diritti fondamentali è netto<sup>106</sup>,

<sup>103</sup> Il riferimento è all'autorevole contributo di L.R. PERFETTI, (che saranno approfonditi *infra*) contenuti in *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit.; Id., *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit.; Id., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, cit.; Id., *Autorità dello Stato, autorità del Mercato, autorità dei diritti delle persone (Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele)*, cit.; Id., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

<sup>104</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 167.

<sup>105</sup> M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 118.

<sup>106</sup> In particolare, per M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute-diritto costituzionale)*, cit., 3-4, «la asocialità dei diritti fondamentali presupposta (più o meno implicitamente) dalle teorie che sganciano completamente il principio di libertà da quello di eguaglianza è del resto logicamente e storicamente indimostrabile. Si potrebbe continuare a sostenerla,

nell'idea che nessun diritto fondamentale, neppure uno dei classici diritti di libertà, ha senso se non entro una dimensione sociale, e quindi in una dimensione retta dal rapporto tra eguaglianza e libertà (e non solo dal secondo di questi principi); e nessun diritto fondamentale è tale (e cioè davvero “diritto”) se non può contare su di un intervento sociale che ne abbia “istituzionalizzato” la protezione<sup>107</sup>.

In questo quadro, l'espressione “diritti sociali” connota una classe di diritti che si distingue da gli altri solo per la sua origine storica – e cioè per il suo “venire dopo” i diritti “classici” – e per il suo peculiare legame con il principio di eguaglianza sostanziale fissato dall'art. 3, comma 2 Cost.

È nota, su questo aspetto, la contrapposizione critica con quella dottrina che traduce la priorità storica dei diritti di libertà in una corrispondente antecedenza logica<sup>108</sup>, che viene censurata nell'idea che non esista distinzione nelle strutture di base della persona, “se per persona intendiamo non già l'astratto individuo ma la concreta persona sociale nella datità delle sue determinazioni storico-sociali” ed in ordine alla quale appare arduo identificare un criterio adatto a distinguere tra i diritti di cui essa deve essere necessariamente predicata e quelli che ne sono un attributo in virtù di un mero accidente storico e giuridico-positivo<sup>109</sup>. In tale direzione, s'afferma che i diritti sociali partecipano alle strutture di base della persona, ed a prescindere dalla posizione che il singolo soggetto occupa all'interno dei rapporti comunitari<sup>110</sup>.

Il quadro teorico in argomento – come si è già detto – distribuisce i diritti fondamentali entro quattro gruppi tipizzati a contenuto variabile: diritti di difesa, diritti a prestazione, diritti di partecipazione, diritti di avere e percepire parte di un utile sociale<sup>111</sup>.

---

infatti, solo identificando i diritti fondamentali con i diritti naturali, pertinenti in quanto tali all'“uomo” nella sua astratta ed isolata individualità. Ma questa operazione di recupero del diritto naturale, che pure è stata tentata in Italia, è senz'altro preclusa dall'inconsistenza teorica del *Wertabsolutismus*, e dalla sua estraneità all'idea stessa di democrazia. Ma c'è di più. Il rifiuto di instaurare un legame troppo stretto con il diritto naturale traspare in tutti i lavori preparatori della Costituzione italiana, che mostrano la chiara volontà dei costituenti di evitare l'adozione di formule troppo impegnative sul piano del “fondamento meta-positivo dei diritti fondamentali».

107. Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 4.

108. Il riferimento è alla posizione di A. BALDASSARE, Diritti inviolabili, in Enc. Giur., XI, Roma, 1989, 23, il quale, in ordine al rapporto di condizionalità tra diritti inviolabili e la democrazia pluralista, sostiene che, mentre, alcuni diritti fondamentali sono tali che, ove mancassero, verrebbe meno la possibilità stessa della democrazia, altri, invece ne condizionano in modo essenziale il significato come “condizioni positivamente necessarie”, vale a dire che, pur non essendo essenziali per la democrazia in quanto tale, lo sono tuttavia per il concreto modello di democrazia prescelto positivamente e storicamente da una determinata costituzione. Per l'A., appartengono al primo gruppo le libertà personali, le libertà collettive, e le libertà politiche, mentre sono comprese nel secondo i diritti sociali, che partecipano in chiave logicamente successiva rispetto le libertà all'estrinsecazione dell'uomo sociale, cioè della persona che è, al tempo stesso, individuo e società, singolo e formazione sociale.

109. Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 5; Id, *Sui diritti sociali*, cit., 117.

110. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 118.

111. Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 120, che argomenta la scelta teorica rilevando che

In tale lettura, non si propone un catalogo “statico” dei diritti sociali, ma si elabora un giudizio definitorio, articolato su una quadripartizione dei diritti fondamentali, ove è presente l'inclusione dei diritti sociali (che, in base ed in ossequio alla loro storia, sono inquadrati e tipizzati tra i diritti a prestazione), nella prospettiva secondo cui soltanto all'interno di ciascun diritto (e facendo riferimento ai suoi elementi caratterizzanti in termini di soggetti ed oggetti) che può cogliersi la differenza tra le varie componenti, giungendo allo scopo di evidenziare – in che misura e in che modo – il diritto sociale considerato richieda vere e proprie prestazioni, ovvero semplici astensioni pubbliche<sup>112</sup>.

In particolare, il riferimento al diritto alla salute (che ora può manifestarsi in pretesa ad una prestazione, ovvero in pretesa avente ad oggetto un'astensione) viene utilizzato in modo strumentale al fine di porre in rilievo che la riconduzione di un diritto fondamentale ad un gruppo dipende dalla sua storia, e dal prevalere dell'uno o dell'altro dei quattro aspetti, in base ad un'indagine che scandaglia il nucleo essenziale di ciascun diritto<sup>113</sup>.

Merita rilievo la posizione di tale dottrina sull'equazione tradizionale che si propone fra diritti sociali e intervento pubblico, che viene superata, muovendo dalla premessa definitoria in ordine alla scelta costituzionale in favore dell'economia mista, da intendersi non quale struttura economica nella quale

---

«tutti i diritti fondamentali si inseriscono in uno di questi gruppi, ed è anzi normale che – a seconda della prospettiva dalla quale li si guarda, ovvero del concreto caso della vita cui vanno ricondotti – essi rientrino ora nell'uno ora nell'altro. L'impostazione tradizionale, pertanto è troppo rigida. (...) se si considerano i diritti di libertà.. alcuni di essi hanno poco senso senza un intervento pubblico che, apprestando strumenti adeguati per il loro esercizio, ne impedisca la riduzione a mera apparenza (caso tipico la manifestazione del pensiero). Tutti, poi, richiedono un intervento sociale che ne istituzionalizzi la protezione, senza la quale resterebbero pretese astratte, di mero fatto, o prive di qualunque garanzia. Tutti, infine, presuppongono la propria difendibilità in un giudizio innanzi ad una autorità imparziale, ma il diritto di difesa richiede l'apprestamento di mezzi concreti per il suo esercizio (giudici, aule, strutture amministrative), e perciò si risolve in un diritto a prestazione».

112. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 121. L'A. muove dalla distinzione tra quattro gruppi di diritti fondamentali: diritti di difesa (*Abwehrrechte*), diritti a prestazione (*Leistungsrechte*), diritti di partecipazione (*Teilhaberechte*), e diritti di avere e percepire parte di un'utilità sociale (*Teilnahmerechte*), e sostiene che tutti i diritti fondamentali si inseriscano in uno di questi gruppi, e sia anzi normale in ragione della prospettiva secondo la quale il diritto venga considerato ed assuma rilievo che lo stesso rientri ora nell'uno ora nell'altro gruppo. L'esempio argomentato riguarda il diritto alla salute: «Questo, tradizionalmente considerato come diritto sociale, esibisce aspetti comunemente ritenuti tipici di tali diritti (la pretesa che ha ad oggetto una prestazione) quando si presenta come diritto alle cure (gratuite o sotto costo) e aspetti tipici dei diritti di libertà (la pretesa che ha ad oggetto un'astensione) quando si presenta come diritto a non essere curato.» Da qui, l'A. sostiene la natura complessa ed articolata anche dei diritti sociali, che non possono essere inquadrati entro una limitata casella classificatoria.

113. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 121, ove si rileva, in termini generali, la natura complessa ed articolata anche dei diritti sociali, che non possono essere inquadrati entro una limitata casella classificatoria, e che in particolare il diritto alla salute tradizionalmente considerato come diritto sociale, esibisce aspetti comunemente ritenuti tipici di tali diritti (la pretesa che ha ad oggetto una prestazione) quando si presenta come diritto alle cure (gratuite o sotto costo) e aspetti tipici dei diritti di libertà (la pretesa che ha ad oggetto un'astensione) quando si presenta come diritto a non essere curato.

pubblico e privato appaiono compresenti, ma quella in cui il calcolo dei costi e dei benefici sociali del funzionamento dei meccanismi economici viene incorporato nella valutazione della stessa efficienza del sistema<sup>114</sup>.

Sulla base di tale lettura, il collegamento tra diritti sociali e intervento pubblico non è considerato immanente e vincolante, ma correlato alla forma storica concretamente assunta dalle modalità di soddisfacimento di quei diritti<sup>115</sup>.

In questi termini, s'evidenzia l'inesistenza di ostacoli per ritenere che i diritti sociali possano trovare soddisfazione mediante il tradizionale strumentario dell'intervento pubblico diretto, ma anche attraverso forme completamente diverse (la forma dell'organizzazione sociale non profit, ovvero l'affidamento a privati che perseguano fini di lucro).

In tale visione, più che travolgere, nella critica all'intervento pubblico, anche i diritti sociali, si propone di indagare, di volta in volta «quanto intervento pubblico diretto sia necessario e addirittura se quell'intervento sia davvero necessario», atteso che l'economia ed il benessere che essa è in grado di produrre sono il mezzo e non il fine, che va desunto dai valori incorporati dalla scelta dello Stato costituzionale contemporaneo di funzionalizzarsi in ragione delle esigenze della persona umana<sup>116</sup>.

Anche in ordine al profilo della relazione tra compatibilità economiche e livelli di protezione dei diritti, tale dottrina prende posizione e, da un alto, valorizza i principi elaborati dalla Corte costituzionale (gradualità degli interventi in favore dei diritti costosi, e considerazione dei costi nel bilanciamento), ma dall'altro, va oltre, e costruisce la formula del “bilanciamento ineguale”<sup>117</sup> per significare che il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (efficienza economica).

Quindi non si tratta di un vero e proprio bilanciamento, atteso che il fine è sempre il soddisfacimento dei diritti della persona, anche se, in relazione al peso dell'efficienza economica, si avverte la consapevolezza che questa non possa essere sacrificata al di là del limite ragionevole, «che tuttavia non è identificato da improbabili calcoli sui bisogni delle generazioni future, ma dall'applicazione dei comuni principi di proporzionalità e non eccessività (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* e *Übermaßverbot*)»<sup>118</sup>.

Si è già detto delle censure mosse dalla dottrina in esame all'orientamento che approfondisce i diritti sociali in rapporto ai diritti di libertà, considerando quest'ultimi come un *prius* logico, pur se non assiologico<sup>119</sup>, nella costruzione giuridica della persona umana.

114. Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 123.

115. Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 125.

116. Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 123.

117. Cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 380.

118. Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, 127.

119. Sul punto, si vedano le precedenti note nn. 103, 104, 105.

Nella direzione d'analisi che approfondisce i contenuti di quest'ulteriore, autorevole, orientamento<sup>120</sup>, emerge che l'indagine condotta, in termini generali, sulla natura giuridica dei diritti sociali come diritti fondamentali, fa riferimento esclusivo alla dimensione costituzionale, nella quale si coglie, quale punto di partenza, non lo Stato e l'articolazione dei pubblici poteri rispetto l'individuo, ma i luoghi e i legami sociali (la famiglia, la scuola, il lavoro, l'ambiente di vita personale e collettiva) nei quali e mediante i quali il singolo individuo si fa persona.

Significativamente, di tali relazioni esistenziali, s'afferma che i diritti sociali ne costituiscano la trama di valore che, per il contenuto assiologico che le è proprio, «è superiore allo Stato e ne vincola le funzioni, ponendosi, così, come fondamento di diritti costituzionali, inviolabili nel loro contenuto essenziale»<sup>121</sup>.

È, in particolare, l'insieme della prima parte della Costituzione, quella sui diritti e sui doveri, che viene letta come specchio di un'immagine di uomo (*Menschenbild*) che, se non è più quella del liberalismo classico e non più quella socialista comunista, «appare decisamente funzionale rispetto ad una precisa e inequivoca identità democratico-pluralista: l'idea di persona, nella sua semplice dimensione di essere individuale e di essere sociale, vi si staglia nettamente, infatti, come concetto unificatore dei diritti di libertà con quelli sociali»<sup>122</sup>.

In tale orizzonte concettuale, i diritti sociali come diritti fondamentali sono ancorati sia al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 Cost., sia al nucleo di valori costituenti il contenuto normativo della dignità umana (art. 2 Cost.), ed al principio di eguaglianza formale o davanti alla legge (art. 3 comma 1 Cost.)<sup>123</sup>, articolando – altresì – la già menzionata

---

120. Il riferimento è al pensiero di A. BALDASSARE, *Diritti sociali, cit.*; e Id., *Diritti inviolabili, cit.*

121. Cfr. A. BALDASSARE, *Diritti sociali, cit.*, 14.

122. Cfr. A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 10.

123. A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 11, rileva come il generale divieto di discriminazione, in relazione con la politica di giustizia sociale dovuta dalle Costituzioni democratiche, abbia portato ad interpretare il principio di eguaglianza formale come il fondamento primo del generale criterio di "ragionevolezza" cui deve sottostare ogni intervento legislativo. In particolare, è sostenuto che, nella fase di sviluppo del moderno Stato sociale, tale principio si correla all'esigenza che nasce dal riconoscimento in Costituzione di una serie di valori indicanti direzioni astrattamente diverse o, persino, contrastanti, i quali possono ridursi in orientamenti normativi omogenei o armonici soltanto attraverso una delicata opera di bilanciamento reciproco e attraverso un riferimento ai profili materiali del fenomeno da disciplinare che risulti probabilisticamente appropriato (appunto ragionevole) rispetto alla finalità costituzionale (normalmente di giustizia sociale) che si vuol perseguire. In tal modo, «il principio di uguaglianza formale si pone in diretta relazione con i diritti sociali, poiché se, storicamente, lo sviluppo dell'eguaglianza ragionevole sorge come conseguenza dell'attuazione pratica dei valori connessi o implicati dai "diritti sociali", al contrario, sotto il profilo logico o normativo, il principio di eguaglianza formale (ragionevole) si pone come una condizione o una premessa ovvero, in una parola, come uno dei fondamenti rispetto all'effettivo riconoscimento di quei "diritti" come valori costituzionali supremi (accanto a quelli di libertà)» (11).

distinzione tra diritti sociali incondizionati e diritti sociali condizionati, dove i primi, considerati (i più numerosi) tra i diritti a prestazioni positive previsti dalla Costituzione, attengono a rapporti giuridici che si instaurano su libera iniziativa delle parti (per stabilire il tipo o la quantità delle prestazioni dovute come il diritto alla retribuzione, al riposo, all'assistenza familiare...), mentre i secondi richiedono un'organizzazione erogatrice delle prestazioni oggetto dei diritti, o comunque necessaria per rendere possibili i comportamenti e le condotte formanti il contenuto dei diritti (diritto all'assistenza ed alla previdenza).

Tale divaricazione concettuale all'interno della categoria unitaria dei diritti sociali viene elaborata nell'idea che la struttura di valore che li caratterizza rimanga quella dei diritti fondamentali: ossia che essi siano diritti irrinunciabili, indisponibili, intransmissibili, e godano di un rango primario che, per molti di essi, assurge a inviolabilità<sup>124</sup>.

Tale prospettiva è rimarcata in relazione al gruppo dei diritti sociali "incondizionati", in ordine ai quali viene rafforzata l'idea che non pongano alcun problema particolare in ordine al loro godimento, come aspetto diretto della natura giuridica che gli si ascrive: quanto all'oggetto, si riferirebbero a prestazioni determinate nel genere e potrebbero essere fatti valere direttamente nei confronti della controparte (pubblica o privata) quale corollario del loro riconoscimento in Costituzione, riconoscimento che segna i margini del potere cognitorio e decisorio del giudice, che sarebbe limitato al *quantum* della prestazione dovuta attraverso anche il ricorso a parametri di giudizio *extra-legislativi* o consuetudinari<sup>125</sup>.

Sulla struttura costituzionale dei diritti sociali, rimane, invero, isolata la posizione che li qualifica, in modo speculare, come diritti soggettivi *in fieri*<sup>126</sup>.

Intese le disposizioni costituzionali come formule che prescrivono, in termini di doverosità, la protezione degli interessi relativi al conseguimento ed al godimento di beni essenziali per la vita degli individui, l'attuazione, implicata dalla doverosità della protezione, viene considerata come primariamente rivolta a creare le qualificazioni giuridiche necessarie perché l'interesse si configuri nella sua modalità primaria e più completa, quella del diritto soggettivo.

124. Cfr. A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 32. L'A. evidenzia che assume rilievo la differente configurazione dei diritti sociali il cui contenuto non è dato da comportamenti o condotte del titolare, ma da una pretesa giuridica rivolta ad altri soggetti (pubblici o privati) affinché questi pongano in essere condotte a favore del titolare (prestazioni positive), ma avverte che una categorizzazione troppo grossolana corre il rischio di far degradare un diritto costituzionale in un diritto "legale". In questi termini, propone la distinzione richiamata, anche al fine di superare l'errore della teoria che si fonda sul parallelismo con le "norme programmatiche" che consiste nel considerare come identiche disposizioni costituzionali che in realtà sono diversissime tra loro, come le norme che prevedono meri programmi per il legislatore e le norme che garantiscono un diritto a una prestazione positiva, le cui modalità e i cui limiti devono essere determinati dalla legge.

125. Cfr. A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 30.

126. Cfr. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali, cit.*, soprattutto le conclusioni (189 ss.).



In tal senso, le norme costituzionali sono guardate nella loro attitudine a riconoscere posizioni soggettive di vantaggio, o meglio un *favor*, che sarebbe esteso all'intero fascio delle misure di attuazione conformi all'obiettivo, proiettandole sul soggetto attivo come aspettative tutelabili; aspettative che sono considerate lo stesso diritto soggettivo, ma visto nel momento in cui mancano ancora le norme di attuazione, costituzionalmente dovute<sup>127</sup>.

Così, ponendo l'attenzione sull'interesse individuale, il diritto sociale è definito come un vero diritto soggettivo, come *jus*; mentre, in relazione all'indispensabilità dell'attuazione ed alla sua relativa autonomia costituzionale, esso viene considerato come vincolo oggettivo della *lex*, come mandato costituzionale<sup>128</sup>.

Rispetto a tale costruzione – che condiziona interamente il contenuto della posizione soggettiva corrispondete ai diritti sociali alle misure d'attuazione ed all'*interpositio legislatoris* – tra le voci del dibattito, si distingue un recente orientamento per i contenuti inediti della riflessione, che segnano l'equazione tra diritti sociali e diritti fondamentali<sup>129</sup>.

L'analisi muove dall'idea che il costituzionalismo contemporaneo<sup>130</sup> sia ri-

127. Cfr. B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 192-193.

128. Cfr. B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 190. La dissociazione tra il momento della qualificazione dell'interesse soggettivo ed il momento della qualificazione normativa delle misure d'attuazione è netta per l'A. (191-192): «Le norme costituzionali si limitano a riconoscere e ad affermare in termini di principio una posizione soggettiva di vantaggio del soggetto titolare del bene protetto, un *favor* dal quale possono e devono scaturire regole di condotta che trovano applicazione nell'ambito delle relazioni sociali determinate prese di volta in volta in considerazione in quanto qualificate dalla presenza e dal rilievo in esse dell'interesse individuale verso il bene protetto. Le regole di condotta servono a definire le misure di attuazione: in questo senso sono vincolate nell'an e parzialmente vincolate nel quantum, nella misura necessaria per assicurare un contenuto essenziale al di sotto del quale non si potrebbe ritenere soddisfatto il rango costituzionale della tutela accordata. Si rivela in questa dimensione la peculiarità del rapporto tra attuazione e diritto soggettivo entro un sistema nomo dinamico: in un sistema di diritto positivo, infatti, l'esistenza di qualsiasi situazione giuridica, attiva o passiva, dipende dall'esistenza di una norma positiva che la preveda; pertanto, di fronte ad una norma (costituzionale) che attribuisce testualmente un diritto soggettivo ma che resta generica nella sua qualificazione, l'assenza delle ulteriori norme atte a configurare tutti gli elementi della qualificazione non ci autorizza a modificare il contenuto della norma costituzionale negando che essa configuri un diritto soggettivo ma, al contrario, ci impone di tenere fermi i contenuti della norma costituzionale (attribuzione di un diritto soggettivo) e di rilevare una lacuna, l'assenza di una norma la cui esistenza è richiesta, la cui produzione non è irrilevante per l'ordinamento ed anzi costituisce un comportamento dovuto (lacuna assiologia)».

129. Il riferimento è alla riflessione di L. R. PERFETTI, che sviluppa nei diversi contributi già richiamati l'idea dei diritti sociali come espressione della sovranità popolare.

130. Rimane fondamentale il riferimento a M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi nella storia e tendenze attuali*, Bari, 2009. Inoltre sulla sfida del neocostituzionalismo al positivismo giuridico, si veda L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss.; AA. VV. *Neocostituzionalismo e tutela sovranazionale dei diritti fondamentali*, S. MAZZARESE (a cura di), Torino, 2000, tra cui Id., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, *ivi*, 1; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino 2001; Id., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Mat. St. cult. Giur.*, 2008, 405 ss; G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. Dir.*, Annali III, 2011; Id., *Teorie "costituzionalistiche" del diritto*.



uscito nella costituzionalizzazione dei diritti sociali, riconosciuti come diritti fondamentali dell'ordinamento, ma abbia poi – in parte – fallito nella determinazione del loro regime e contenuto, e che ciò abbia radici profonde nel prevalere dell'idea ch'essi si sostanzino in prestazioni da ottenere dallo Stato.

Su tali questioni, è rilevata l'influenza della sistematica della relazione tra autorità sovrana e diritti, propria della dottrina tedesca e italiana del secolo XIX e dell'inizio del XX che pervade anche i diritti sociali; ed, ancora, il riflesso dello sviluppo storico di tali diritti in parallelo all'affermazione delle domande di servizi e prestazioni, filtrate, poi, dalla costruzione di complessi apparati pubblici per farvi fronte (Stato sociale).

Queste due matrici, innestano una lettura ricostruttiva della parabola dei diritti sociali che è interpretata in chiave critica, in ragione della profonda influenza esercitata dall'idea della centralità dello Stato, della sua sovranità, dei suoi poteri: in particolare, il riferimento è all'«idea fondativa del diritto pubblico continentale ottocentesco – che regge l'impianto sulla sovranità statale e la riserva al potere pubblico di ogni profilo della vita sociale che rilevi per il pubblico interesse (..) che ha messo in secondo piano la centralità euristica dei diritti fondamentali che, invece, si legge ben evidente in Costituzione»<sup>131</sup>.

Infatti, aderendo alla prospettiva che valorizza la nuova connessione – anche storica – tra diritti e costituzioni democratiche del Novecento, che si

---

*Morale, diritto, e interpretazione in R. ALEXY e R. DWORKIN*, Bologna 2000; A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Dir. e Questioni Pubbliche*, 2003, 37 ss.

131. Cfr. L.R. PERFETTI, *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti*, cit., 23 ss. Qui, l'A. approfondisce il tema della centralità euristica dei diritti fondamentali, nell'analisi della programmazione economica (nella disciplina costituzionale e comunitaria) mediante una riflessione condotta sull'opera scientifica di Francesco Gabriele. Si tratta di una riflessione concentrata sull'evoluzione della legittimità dello Stato, considerata a partire dalla concorrenza e dalla funzione di assicurazione della libertà al mercato, nel quale, conclusivamente, s'evidenziano tre aspetti essenziali: da un lato, la spiccata ed intensa tendenza del diritto amministrativo nazionale – e della riflessione dottrinale su di esso – verso quei temi che confermano il modificarsi della struttura profonda della relazione tra autorità, società e ruolo del diritto pubblico, che muta e cessa d'essere strumento di limitazione e controllo del potere e si dirige, invece, verso la funzionalizzazione alla garanzia della concorrenza ed all'organizzazione della società e dell'autorità nelle maglie della razionalità economica. Parallelamente, rilevano due questioni che vengono definite "culturali", e che segnano elementi di criticità: il rapido passaggio dalla programmazione economica e dal primato del potere dello Stato a quello del mercato e della regolazione, che sembra funzionale a sovrapporre uno schema nuovo che consenta di raggiungere i medesimi risultati di quello che viene sostituito, ossia nel senso che «la regolazione si sostituisce alla programmazione, nella profonda crisi dello Stato e della sua autorità, e l'atto governativo viene soppiantato da quello delle autorità indipendenti, l'influenza di cui i giuristi erano capaci nei confronti dell'esecutivo si rivolge verso i regolatori. Il cambiamento sembra assai meno profondo di quanto non lo si voglia far apparire e la centralità dell'autorità permane, per quanto quest'ultima si dislochi diversamente». La critica dell'A. evidenzia, in secondo luogo, che «sempre da un punto di vista culturale, il dibattito segue il concentrarsi del potere reale (dallo Stato alle autorità sovranazionali, dalla legge ai comandi normativi comunitari, dall'economia pubblica all'ordine di mercato) ed il diritto ne diviene strumento, continuando a rinunciare ad un ruolo più decisivo quale è quello dell'assicurare protezione ai diritti fondamentali, affermandone la natura sovrana e costitutiva dei poteri, che sono quindi geneticamente condizionati all'essere funzionali ai diritti delle persone».

pongono di fronte ai primi in modo diretto, fino a quel momento inedito<sup>132</sup>, e rispetto al riconoscimento dei diritti sociali protetti come fondamentali dalla Costituzione, il nodo teorico più radicale è individuato nella loro emancipazione dalla categorie delle pretese rivolte verso lo Stato, per una sistemazione definitoria che consenta una loro effettività, anche indipendentemente dalla congiuntura politica o finanziaria.

Il motivo di fondo di tale impostazione è l'idea che l'evoluzione dell'e-laborazione intorno ai diritti sociali non si sia del tutto scrollata di dosso la potente costruzione teorica di origine germanica della relazione tra diritti e sovranità<sup>133</sup>.

Il principio del ragionamento è un'analisi critica della prospettazione dei diritti sociali come diritti di prestazione da fare valere nei confronti dell'autorità, che sarebbe la ragione della prigionia della nozione nell'ambito della sistematica della scienza pubblicistica classica<sup>134</sup>: «sia che i diritti si compongano

132. Cfr., M. FIORAVANTI *Costituzionalismo e positivismo giuridico*, in *juridicas.unam.mx*.

133. Cfr. L.R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, cit., 157. L'A., (anche e soprattutto in *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., dove sostiene, tra l'altro, contro la tesi dell'abrogazione della Costituzione italiana da parte delle norme comunitarie in materia economica, invero, una possibile concordanza con il modello comunitario, in ragione della priorità immanente dei diritti fondamentali delle persone) ha cura di ricostruire il modello teorico della nozione di pubblico servizio, inserendo compiutamente tale tema in quello dei diritti, analizzando gli elementi di sovrapposizione tra servizio pubblico in senso soggettivo – a far data dalle tesi orlandiane – e diritti, completando in modo pregnante il percorso innovativo delle teorie oggettiviste, e tra queste, della teoria di Pototschnig. Pur non potendo richiamare compiutamente in questa sede le categorie ed i principi sottesi alla lucida riflessione, nondimeno alcuni elementi possono essere evidenziati. In particolare, si deve osservare che la nozione di pubblico servizio assume contenuto, oltre che dagli artt. 41 e 43 della Costituzione, anche dagli enunciati costituzionali relativi ai "fini sociali" ed all'"utilità sociale". In tale cornice, già nell'elaborazione teorica sui servizi pubblici, l'A. rileva che «l'attività economica dei privati non può contrastare con libertà, diritti fondamentali, diritti sociali costituzionalmente garantiti nella loro dimensione immediatamente operabile ("utilità sociale"), *self-executing* e, tuttavia può indirizzarsi (o essere indirizzata o coordinata) a raggiungere fini sociali. In presenza di "fini sociali", invece, l'attività economica può essere, laddove la legge lo preveda, indirizzata o controllata. A fronte del ricorrere di "fini di utilità generale", invece, si avrà la possibilità di riservare originariamente o trasferire la proprietà di imprese allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti e ciò solo nel rispetto di riserva assoluta di legge. È facile cogliere il mutare del quadro dei poteri pubblici a fronte delle differenti locuzioni richiamate.»(170). Così, «identificare i "fini sociali" con la realizzazione delle condizioni per rendere effettivi libertà e diritti espressamente enumerati e garantiti dalla Costituzione», ad avviso dell'A., significa determinazione «ciò che nella formulazione originaria della teoria del pubblico servizio in senso oggettivo rimaneva indeterminato» (171).

134. Per un approfondimento, si vedano innanzitutto L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001. Inoltre, P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 365; Id., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, 2001, il quale – nella seconda opera citata – ripercorre la storia della cittadinanza in Europa, dalla seconda metà dell'Ottocento ai primi decenni del Novecento, privilegiando l'attenzione per il contesto nazionale inglese, francese, tedesco, italiano. In particolare, l'A. ripercorre, attraverso un'inchiesta storico-ermeneutica, gli itinerari della cittadinanza e del rapporto tra autorità e diritti, delineati dai diversi contesti storici, dalle specifiche culture nazionali, dai singoli ambienti politico-economici. In rela-

nell'unità dello Stato di diritto inteso come *Gessenschaft* o tale da legittimare la cittadinanza attiva attraverso la *Selbstverwaltung*, sia ch'essi appaiono il riflesso dell'azione dell'autorità pubblica, o che si compongano, sia pure attraverso la lotta per il diritto sul piano individuale, nella *Obrigkeit* attuale, resta la convinzione dell'inaccettabilità di un diritto soggettivo azionabile nei confronti del potere pubblico salvo che quest'ultimo non l'abbia assegnato con una specifica decisione, si sia impegnato a rispettarlo e non lo abbia travolto con un successivo atto di volontà; che non sia condizionato, cioè, alla volontà – essa invece incondizionata – dell'autorità pubblica titolare della sovranità<sup>135</sup>.

Infatti, rispetto la dinamica delle posizioni soggettive che possono esprimersi nei confronti del potere pubblico (che possono fondarsi solo su quest'ultimo e che quest'ultimo le costituisca) trae origine la difficoltà di dare contenuto ai diritti sociali, che vivono solo nel perimetro della sovranità dello Stato.

Poiché lo Stato è *Rechtsstaat*, non nega protezione a quei diritti che la carta costituzionale sancisce, e tuttavia, senza la specifica assegnazione di uno specifico potere (*Konnen*), senza la creazione di uno *status*, senza l'intermediazione di una norma applicativa che garantisca l'erogazione della prestazione e la creazione delle necessarie strutture organizzative non potrà dirsi esistente il diritto (o, almeno, la pretesa che ne è esplicazione).

Questa impostazione si conserva all'avverarsi della questione sociale e del conflitto che si presenta nella società, poiché anche nel perimetro nuovo dei modelli dello Stato amministrazione e del Welfare, le decisioni sui diritti sociali appartengono alle competenze pubbliche.

Su queste basi, l'orientamento in argomento rovescia interamente il paradigma classico, muovendo dal riferimento testuale all'art. 1 della Costituzione ed fonda i diritti sociali sulla sovranità delle persone<sup>136</sup>.

---

zione alla giuspubblicistica tedesca ed al paradigma statocentrico, l'indagine capillare è impegnata a svelare i contenuti dei singoli contributi (Savigny, *Vermischte Schriften*, 1850; Bluntschli, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, vol. I e II, 1885/1886, ora Aalen, 1965; Gerber, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco e Sui diritti pubblici*, trad. it. Lucchini, Milano, 1971; Gierke, *Das deutsche genossenschaftsrecht*, Graz, 1954; Jhering, *La lotta per il diritto ed altri saggi*, Milano, 1989; Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, trad. it., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912) che facendo riferimento ai termini fondamentali di Stato, Popolo e Nazione hanno ricostruito, pur nella varietà e nella connotazione differente degli argomenti, lo Stato come garanzia del diritto, l'unico che ne può dar voce, essendone l'incarnazione. L'ingresso ufficiale del paradigma statocentrico nella giuspubblicistica italiana è il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando – come già evidenziato *infra* – e il dibattito italiano, risentendo dell'influenza della sociologia comteana e della tradizione giuridica tedesca di stampo storico-organicistico, esprime i segnali della ricerca di una terza via tra gli estremismi individualistici inglesi (di Mill e Spencer) e quelli stato centrici. In questa cornice, l'A. fa riferimento al pensiero di Santi Romano, evidenziando come nella formula dello "Stato di diritto" vi sia l'antidoto per dare spazio alla libertà individuale nella distinzione tra Stato ed i suoi organi, vincolati da norme giuridiche.

135. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit.

136. L.R. PERFETTI, anche nel contributo *Pretese procedurali come diritti fondamen-*

Non potendo tacere che nell'ordinamento positivo è riconosciuto che la sovranità appartiene al popolo, e che i diritti inviolabili sono anch'essi riconosciuti dalla Costituzione come non fondati o costituiti, ma con una forza della loro giuridicità che precede l'ordinamento positivo, si giunge conseguentemente ad affermare che la sovranità delle persone è da considerare il luogo nel quale si fondano i diritti fondamentali, che vengono intesi preesistenti rispetto all'ordinamento legale (riferendo tuttavia concetti appartenenti al diritto naturale), che all'atto della sua costituzione non può che prendere atto che essi partecipano della sovranità.

Tuttavia, essi non costituiscono una forma di esercizio della sovranità stabilita nella Costituzione, perché si impongono a qualunque forma di esercizio della sovranità fissata in Costituzione, perché la fondano.

In questi termini, s'afferma la radicale conclusione che i diritti sociali non si fondano sulla sovranità dello Stato, ma essi stessi partecipano della sovranità e fondano lo Stato; che tali diritti recano con sé una dimensione d'esistenza nell'ordinamento indipendentemente dallo Stato; ma che non può dirsi il contrario, poiché i soggetti pubblici ed i loro poteri debbono essere coerenti con il principio della sovranità popolare, ponendosi, innanzitutto, quali strumenti per rendere effettivo ed eguale il godimento dei diritti<sup>137</sup>.

*tali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, cit., si sofferma sulle posizioni soggettive procedurali, osservando, in termini generali, da un lato, che le posizioni soggettive individuali si presentano con un grado di definizione differenziato a seconda che esse si sviluppino nella relazione tra privati ovvero con il potere pubblico, e soprattutto nella loro dimensione pretensiva e, dall'altro, che disponendo di una posizione soggettiva ben definita come il diritto soggettivo, la costruzione concettuale dell'interesse legittimo e dei diritti sociali, e quindi della pretesa nei confronti dell'autorità è avvenuta per differenza segnando alterità e mancanze. Tali premesse – che è possibile richiamare solo parzialmente in questa sede – conducono l'A. ad evidenziare (850 ss.) che nella costruzione della relazione tra persona ed autorità, nel confrontarsi di posizioni soggettive e poteri, ha avuto un ruolo l'assegnazione della cura dell'interesse pubblico all'autorità, «sicché la suggestione per la quale il bene comune, era curato dall'espressione provvedimento del potere al quale s'opponesse, la pretesa egoistica del privato era molto convincente. Basterebbe pensare per un istante al sorgere della categoria dell'interesse diffuso per averne una conferma: il ritenuto deficit di socialità dell'interesse legittimo ha spinto ad elaborare una posizione soggettiva che – presupponendo un soggetto collettivo o comunitario che la rappresentasse – trascendesse l'individuo e le sue pretese per ammettere che queste ultime potessero caricarsi di valenza sociale. Al potere spetta la cura dell'interesse pubblico, sicché il provvedimento è sempre sintesi di interessi e bene comune e chi ad esso s'oppone lo fa per un interesse (legittimo) necessariamente parziale ed egoistico». Sulla base di queste riflessioni critiche, l'A. rivolta la prospettiva: «in un ordinamento nel quale la sovranità appartiene alle persone ed ai loro diritti fondamentali, l'autorità è funzionale solo al godimento pieno ed eguale dei diritti della persona, sicché l'interesse pubblico è solo assegnato alla cura dell'ente pubblico dalla legge, ma non si ipostatizza in esso, sicché non si potrà seriamente dubitare della socialità delle posizioni soggettive individuali.» Da qui, l'equazione posta tra posizioni soggettive procedurali e diritti fondamentali, secondo cui «partecipare al procedimento di formazione delle decisioni pubbliche e vederle assunte motivatamente e nel tempo stabilito sono posizioni di diritto fondamentale ed assumono la conformazione volta a volta di *Abwehrrechte* – diritti di difesa – di *Leistungsrechte* – o di prestazione – di *Teilhaberechte* – diritti di partecipazione – e, quindi, di diritti a percepire parte di un utile sociale (*Teilnahmerechte*)».*

137. Cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., paragrafi 10–10.3.

In tal modo, mediante la funzionalizzazione dei poteri pubblici – tuttavia, disciplinati dalla legge e orientati al conseguimento dell'effettività e dell'eguaglianza nel godimento dei diritti – è ritenuto che l'esercizio diretto della sovranità attraverso l'esercizio dei diritti ed il ciclo della rappresentanza (attraverso il conferimento di poteri all'amministrazione solo e soltanto attraverso la legge posta in essere da organi rappresentativi del popolo) si doppiano e si rendono coerenti.

Inseriti in tale griglia di principi e valori, i diritti sociali come diritti fondamentali assumono una qualificazione specifica.

Essi sono esistenti indipendentemente dallo Stato; la loro esistenza è insopprimibile, mentre il loro esercizio non è eliminabile ma solo comprimibile com'è delle libertà classiche; in quanto diritti, configurano obblighi e divieti in capo a terzi immediatamente, in ragione della loro esistenza giuridica come diritti, mentre soltanto alcune pretese non possono essere immediatamente agite (in quanto non trovano immediatamente la garanzia primaria dell'obbligo o del divieto altrui, e si tratta delle fattispecie dove sussiste la necessità di ricevere prestazioni ma tutti partecipano della garanzia di un contenuto minimo essenziale (soprattutto le pretese di prestazioni *ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost.*).

Quindi, l'art. 117 Cost. è riferito alle prestazioni essenziali, alla loro misura quantitativa e qualitativa, a quel nucleo inviolabile e incomprimibile dei diritti sociali, ma non indica il soggetto tenuto a renderle.

Su tale versante, infatti, l'art. 118 Cost. viene considerato la chiave di volta del sistema d'attuazione, tuttavia, in base ad una lettura in combinato disposto con l'art. 41 Cost.: in questi termini, “non potrà che farsi applicazione del principio di sussidiarietà e lasciare che le prestazioni – il cui livello minimo sarà fissato dalla legge – siano rese dalla società nell'esercizio della sua autonomia e libertà, limitando l'intervento pubblico alla verifica dei requisiti di qualità e sicurezza comunque richiesti (avendosi riguardo in tal senso a quanto previsto dal'art. 41 Cost., commi I e II) e solo subordinatamente con misure di regolazione in senso proprio (*ex art. 41 comma III*), esercitando i poteri pubblicistici di indirizzo e coordinamento; solo in via estremamente residuale (a fronte di fallimenti di mercato) l'autorità potrà assumere l'attività corrispondente alle prestazioni domandate”<sup>138</sup>.

Rispetto a questo nucleo essenziale, si aggiunge l'imputazione della titolarità dell'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale in base alla garanzia generale posta dall'art. 24 Cost.<sup>139</sup>, che è sostenuta pacifica per le dimensioni im-

138. Cfr. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, paragrafo 12.

139. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, paragrafo 10.1, critica la negazione che i diritti sociali possano essere qualificati come diritti soggettivi in quanto sforniti di azione giurisdizionale, e l'impostazione kelseniana che considera inefficaci le pretese sancite da norme che non contengono la sanzione della loro protezione giurisdizionale (cfr. Kelsen, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it.,

mediatamente coercibili dei diritti sociali che non dipendono dalla sussistenza di organizzazioni che rendano prestazioni o servizi, mentre, nell'ipotesi differente, sono ritenute fuori dal perimetro dell'operatività della garanzia soltanto i diritti sociali per quella parte di pretesa di prestazione che supera il livello essenziale prestabilito e che non sia spontaneamente soddisfatta dal mercato.

### **3. Limiti e ragioni di insoddisfazione delle teorie intorno ai diritti sociali. Sulla dequotazione dello statuto costituzionale dei diritti sociali e sulla violazione del primato della persona**

L'indagine sugli orientamenti e sulle riflessioni elaborate sul tema dei diritti sociali ha consentito di confrontare le definizioni proposte, di coglierne gli elementi caratterizzanti e le distanze, anche rispetto alla tendenza privilegiata per una lettura del fenomeno giuridico correlata ad una dimensione verticale (sull'origine, ed il fondamento dei diritti), ovvero ad una proiezione orizzontale (sull'organizzazione, e l'effettività degli stessi).

I contenuti d'indagine che affiorano dallo studio del percorso di ciascun orientamento, consentono di dare fondamento ad un'obiezione, principale e comune, che consiste – essenzialmente – nella tendenza alla sovrapposizione tra questi due piani o, meglio, distinti oggetti d'approfondimento.

---

Torino, 1967, soprattutto 194 ss.). La soluzione proposta è quella di superare l'identificazione tra diritti e garanzie, nel senso della necessità che le garanzie giurisdizionali siano considerate partecipi della definizione di diritto soggettivo, sicché, in mancanza, anche il diritto non potrà essere predicato. In questa prospettiva d'analisi, l'A. richiama espressamente l'elaborazione teorica di L. FERRAJOLI (*Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2, 1998), nella parte in cui sostiene che i diritti soggettivi debbono essere distinti dalle loro garanzie giudiziarie, che sono poste da norme ulteriori. Per l'ipotesi in cui queste seconde difettino, occorre ritenere sussistente una mera lacuna dell'ordinamento che, per via del principio di completezza, è necessario colmare con l'affermazione della sussistenza dell'azione, atteso che se si confondono diritti e garanzie «risultano squalificate, sul piano giuridico, quelle che sono le due più importanti conquiste del costituzionalismo novecentesco: l'internazionalizzazione dei diritti fondamentali e la costituzionalizzazione dei diritti sociali». Accanto al richiamo citato, l'A. fa altresì riferimento a quella corrente di pensiero che in G. PALOMBELLA (*L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, cit.) esprime l'idea che i diritti soggettivi, anche se sforniti di azione non cessano di essere tali, conservando un valore funzionale e giuridico, in quanto norme fondamentali che effettivamente prevedono come obbligatoria la tutela di un bene, il quale ha valore per la comunità, sostiene un interesse individualizzato e colloca in una posizione di vantaggio i soggetti cui quel bene deve riferirsi (26). Rispetto al dibattito intenso sul rapporto tra diritti e azione, o meglio sui complessi rapporti tra situazione giuridica soggettiva sostanziale, legittimazione, interesse ad agire e diritto di azione, per tutti, si veda L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, paragrafo 10.2, che prospetta la tesi secondo cui «l'art. 24 Costituzione consente di costruire il diritto d'azione come diritto inviolabile di rango costituzionale nonché di distinguere diritto sostanziale (nascente dalla pretesa al godimento del bene della vita) e processuale (che provvede la garanzia di detta pretesa laddove il diritto sia reso incerto o sofferente). L'art. 24 Costituzione tipizza l'azione giurisdizionale, prevedendone espressamente la causa, data dall'esser posto "per" la tutela (piena ed efficace) della (propria) posizione sostanziale. L'art. 24 Costituzione assorbe nella struttura dell'azione sia la legittimazione che l'interesse ad agire.».

Da un lato, la prospettiva del fondamento dei diritti sociali, che pone al centro la questione della situazione soggettiva che in essi vive (da cui muove, in linea teorica, ciascuna riflessione).

E, dall'altro, quella dell'identificazione del bene giuridico protetto cui si rivolge l'interesse individuale.

In particolare, v'è da osservare che la ricerca della situazione soggettiva che si esprime nei diritti sociali si disperde e frantuma, allontanandosi dalla matrice costituzionale che li rende partecipi delle strutture di base e del primato della persona nell'ordinamento, appena i diritti sociali siano indagati sul versante del loro variegato esercizio, e sul quale vengono costruiti statuti diversi, che si proiettano nella codificazione del rapporto giuridico col potere pubblico e con i terzi.

In tale direzione, si consuma la fallaccia dell'assunto che i diritti sociali trovino definizione e radice nei singoli beni giuridici, di volta in volta correlati alla situazione di bisogno, e nei compiti – esclusivamente – pubblici posti a protezione dei soggetti economicamente e/o socialmente deboli.

In questi termini, si evidenzia una sostanziale contraddizione interna a tali orientamenti, che non giungono a definire i diritti sociali come categoria concettuale autonoma e stabilmente codificata, ma intendono trarre – in modo non convincente – elementi definitori dalle forme possibili, cangianti e settoriali del momento attuativo: ciò s'invera per le dimostrazioni sui diritti sociali che ne sono conseguite, mediante il richiamo – come si è visto – a porzioni di Costituzione riferite a beni giuridici protetti (dignità, ovvero uguaglianza, o ancora pluralismo) assunti come fondamento della doverosità dello Stato di provvedervi; ovvero a posizioni di vantaggio costituzionalmente stabilite (diritti della personalità) che degradano e disperdono l'assolutezza nella fase della realizzazione come pretese “civilistiche” di prestazione nei confronti degli apparti pubblici; ovvero a posizioni soggettive di vantaggio costruite costituzionalmente in termini di *favor* (un'aspettativa di diritto) che richiede il momento attuativo di rango non costituzionale della *lex* per la nascita compiuta del diritto soggettivo); ovvero alla distribuzione delle risorse disponibili, con un contenuto dei diritti sociali che insegue ciò che i tempi della crisi possono permettere.

In tal modo, (e si tratta della conseguenza più seria e in contraddizione con il disegno costituzionale) i diritti sociali disperdono la natura fondamentale sancita nella Costituzione, risultando degradati in un sistema di rango subordinato a quello costituzionale, ossia meramente legislativo o amministrativo.

In questi termini, in tali dottrine, appare trascurato il rilievo delle conseguenze connesse a tali percorsi definitori, che consistono nella “sospensione” della garanzia costituzionale dei diritti sociali, che appare meno nitida e percepita rispetto al caso in cui la sospensione riguarda diritti civili e politici, dei



quali, invece, è percepita con immediatezza quella sostanziale incompatibilità con i principi democratici, mentre nulla di paragonabile si ritrova per i diritti sociali, per i quali, invero, la categoria della sospensione finisce, *a contrario*, quasi per connotare una loro ineliminabile natura, che li affida al mutare dei rapporti di forza ed alla distribuzione delle risorse, negando, in tal modo, ogni loro radicamento nella dimensione dei diritti fondamentali.

Fermi tali rilievi, è da osservare che il secondo aspetto di fragilità delle ricostruzioni richiamate è individuabile nella mancanza della rappresentazione stabile – in seno alle definizioni – del nucleo essenziale dei diritti sociali che, in tutte le disposizioni costituzionali a riguardo, non può negarsi che sia fondato sul primato della persona, e del principio dell'eguale godimento dei diritti.

Tale censura vale anche per quegli orientamenti che, apparentemente più aderenti al disegno costituzionale, fanno esplicito riferimento ai principi di uguaglianza e di dignità della persona ma che, tuttavia, parimenti, riducono e/o relativizzano quella matrice costituzionale comune dei diritti sociali, laddove, per loro stessa definizione, non li sottrae al calco della politica, delle scelte del legislatore, e dell'economia, al fine di trarne elementi definitivi che non riconoscono, comunque, la natura costituzionale ed indegradabile dei diritti sociali al cospetto dei poteri del legislatore e dell'amministrazione.

Con l'ulteriore effetto, non accettabile, appunto, sul piano costituzionale, di correlare la definizione di tali diritti ai contenuti del giudizio legislativo di essenzialità del bisogno sociale, ed ai bilanciamenti d'interesse, che possono essere a loro volta influenzati dalle crisi economiche e dalle spinte del realismo politico.

In questi termini, si è dell'avviso che l'approdo di tali teoriche si manifesti in una diretta violazione dei principi costituzionali dell'ordinamento, racchiusi nelle formule degli artt. 1, 2, e 3 della Costituzione.

Tali principi, notoriamente, legano, in modo complessivo, i pubblici poteri alla finalità di perseguire il primato della persona, che è essa stessa sovranità (poiché questa, come si esporrà, "appartiene al popolo"), sia nella direzione del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili tra cui – come s'è osservato anche rappresentato da una parte della dottrina – devono annoverarsi i diritti sociali come posizioni indistinte rispetto alle tradizionali libertà sotto il profilo del reciproco concorso alle strutture di base della persona (art. 2, comma 1 Cost.); sia nello scopo immanente della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociali che impediscono il pieno sviluppo della persona (art. 3, comma 2 Cost.).

Tali osservazioni consentono d'affermare che le dottrine richiamate, pur affermando nelle loro argomentazioni un qualche fondamento costituzionale dei diritti sociali, tuttavia, non approdano ad una soddisfacente traduzione



in termini giuridici della posizione soggettiva e del suo diritto d'azione, poiché – in modo diretto, o quale sviluppo ulteriore degli elementi sostenuti – non può ritenersi che riconoscano fino in fondo la posizione costituzionale dei diritti sociali quali diritti essenziali per la garanzia del primato della persona, laddove ne relativizzano la definizione e la stessa precettività in seno all'ordinamento.

Tali conclusioni costituiscono il risultato d'indagine rispetto gli orientamenti considerati, nei quali, in modo più o meno esteso – e ad esclusione di quella dottrina che inquadra i diritti sociali come diritti fondamentali – la posizione soggettiva corrispondente al diritto sociale si disperde tre volte: 1) nel condizionamento del suo contenuto strutturale al momento attuativo affidato al legislatore statale; 2) nella parcellizzazione dei diritti sociali in una miriade di cataloghi e definizioni che rincorrono puntualmente il diritto positivo, in ogni aspetto di contenuto riferibile ad essi (e perciò con un'immanente provvisorietà di qualsivoglia definizione); 3) nell'assenza, storicamente tralasciata, di una traduzione in termini giuridici del diritto di difesa e d'azione del soggetto debole, laddove la lesione o il pericolo concreto di questa, rispetto ai beni giuridici protetti, richiederebbe la definizione di un rimedio, soprattutto immediato e di accesso generalizzato, e conforme – sul piano giurisdizionale – alle esigenze di tutela (ed alla stagione di crisi d'effettività) che i diritti sociali continuano ad esprimere.

E ciò, oltre il circuito classico del giudizio di costituzionalità affidato alla Corte costituzionale.

La considerazione di tali distinti elementi di debolezza, che appaiono segnare in modo rilevante la parabola del dibattito scientifico sui diritti sociali, viene trattenuta come sostrato orientativo ai fini dell'elaborazione di un'ipotesi ricostruttiva differente, che vorrebbe, nei suoi intenti, superare gli ostacoli definitori evidenziati, e riportare i diritti sociali dinanzi la Costituzione, per riconoscerne uno statuto unitario.

L'idea che si intende sostenere è che i diritti sociali non siano questione di dignità, ovvero di libertà eguale, o di prestazioni cui corre o meno l'obbligo pubblico di provvedervi, o ancora di ritorno più o meno paventato della Carità dello Stato, ma una costola genetica del disegno costituzionale dell'uomo nell'ordinamento ed, al contempo, elementi fondativi nella genesi dello Stato.

Come noto, le riflessioni che si svilupperanno su tale versante possono giovare di alcuni percorsi già maturati nell'ambito dell'intenso dibattito sui diritti sociali come diritti fondamentali, e terranno conto – nell'ordine d'indagine stabilito – anche degli elementi ricavabili dal dibattito in seno all'Assemblea costituente, dei contenuti della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, delle influenze che il contesto dello Stato sociale e l'evoluzione della legislazione, sono in grado di offrire all'interprete.

#### **4. Introduzione alla prospettiva d'indagine dei diritti sociali come diritti fondamentali. Osservazioni in ordine alla distinzione tra il contenuto della posizione soggettiva e gli strumenti di protezione (i livelli essenziali delle prestazioni) che non partecipano alla definizione dei diritti sociali**

Rimanendo preziosa l'ascrizione dei diritti sociali alla categoria dei diritti fondamentali (sostenuta fortemente da Perfetti e Ferrajoli; ed anche da Luciani, Baldassarre, D'Aloia, Principato, Caretti, Caravita, rispetto ai quali, i primi emancipano la categoria dalla configurazione come pretese rivolte allo Stato, nel perimetro della sua sovranità, intestando i diritti sociali al popolo sovrano)<sup>140</sup>, si intende muovere da questa prospettiva, per accogliere quegli elementi interpretativi che, superando l'inquadramento oppositivo rispetto le libertà fondamentali, riconducono i diritti sociali nell'ambito dei diritti fondamentali e inviolabili che appartengono al patrimonio pregiuridico dell'individuo, e ne consentono l'inquadramento quale espressione immanente della sovranità popolare (di cui all'art. 1 Cost.). Prima di procedere all'analisi, alcune osservazioni preliminari appaiono necessarie.

Innanzitutto, è da osservare che tale ordine concettuale trova argomento sia nella dimensione costituzionale che codifica il riconoscimento dei diritti sociali, sia nel sistema progettato sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti anche i diritti sociali (*ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost.*), il quale – nell'attuale fase attuativa del federalismo fiscale, e nella cornice costituzionale che richiama la convergenza quale graduale livellamento delle differenze dei livelli delle prestazioni tra i territori (in ordine ai costi ed agli obiettivi di protezione *ex art. 119 Cost.*) – costituisce il sostrato materiale che si ritiene debba anche essere ricompreso nella riflessione giuridica, in ragione dell'influenza diretta che tali profili possono essere in grado di manifestare in termini di limitazione e di compressione dei diritti, ed anche rispetto alla delimitazione del ruolo funzionale delle pubbliche amministrazioni, rispetto il compito di provvedere (nei limiti che si diranno) alla loro attività realizzativa.

In second'ordine, sostenere che i diritti sociali, quali diritti fondamentali, esistono nel perimetro della sovranità fondativa che "appartiene al popolo", comporterà anche tener conto del principale collegamento<sup>141</sup> tra sovranità po-

140. Cfr. capitolo I, § 2.6.

141. Approfondisce, in modo particolare il rapporto tra sovranità popolare e pubblica amministrazione, F. SORRENTINO F., *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, L. CARLASSARE (a cura di), 2004, Padova, 219, il quale, nelle premesse, rilevando che la sovranità popolare, che si esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione, non si sviluppa soltanto attraverso i ben noti meccanismi della rappresentanza politica e degli istituti di democrazia diretta, ma determina anche la caratterizzazione delle funzioni e dei poteri affidati agli organi diversi da quelli rappresentativi, tra cui gli organi giurisdizionali ed amministrativi, per quest'ultimi, sostiene che il principio di legalità comporta che i precetti stabiliti dalle as-

polare e pubblica amministrazione, ossia del principio di legalità, a mezzo del quale trova peculiare fondamento il nesso tra i diritti sociali e l'*interpositio legislatoris*, in ordine alla quale, tuttavia, si ritiene di dovere già escludere – rispetto quanto sostenuto da alcune dottrine richiamate – che essa possa partecipare alla definizione del contenuto del diritto sociale (che, invece, si considera già costituzionalmente riconosciuto quale diritto fondamentale) trovando, invece, la sua funzione nell'esigenza di rinnovare costantemente le forme di "resistenza" dei diritti sociali alle contingenti e mutevoli aggressioni che si rendono visibili nell'evoluzione della società.

Su entrambi gli aspetti, è intuibile che il dato ineliminabile, oltre l'art. 1 Cost., è l'art. 117 Cost., che incardina stabilmente nelle mani del legislatore statale, e dunque dell'Assemblea elettiva, lo sguardo sull'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali, al fine di delineare un corredo "essenziale" di sicurezze e di protezioni, allineate all'evoluzione dei rischi, dei pericoli, delle lesioni, e dei danni che possono pregiudicare la posizione dell'uomo quale risulta nel disegno costituzionale.

Si tratta di un aggiornamento reso necessario dall'evoluzione dei presupposti fattuali e giuridici, sociali ed economici che, consumati sul piano dell'ordinamento interno e/o sovranazionale, possono dare luogo a nuove fattispecie di aggressione dei diritti sociali, che richiedono l'adeguatezza e la proporzionalità degli strumenti.

Dunque, l'indagine si accosta alla determinazione legislativa del livello essenziale come forma adeguata e contingente di misura delle prestazioni, e per il cui tramite si realizza concretamente il primato della persona, non essendo mai l'individuo in quanto tale, considerato nella sua astratta natura di essere umano, ma soltanto l'individuo concreto, considerato nella specifica e reale posizione sociale, il termine di riferimento del legislatore ai fini della elabo-

---

semblee elettive non hanno solo effetto vincolante ma costituiscono il fondamento specifico del loro operare, in modo non disgiunto dall'altro fondamentale principio della pari dignità e dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alle legge. Considerata la sovranità popolare che si manifesta nell'attività amministrativa attraverso la mediazione del principio di legalità, in collegamento anche con il principio di uguaglianza, l'A. conduce la riflessione sul ruolo della legge, e su ciò che caratterizza l'attività amministrativa in quanto potere discrezionale, fino a considerare l'eliminazione dell'intervento legislativo e la distorsione degli istituti in funzione dei condizionamenti della politica (il riferimento è ai rapporti fiduciari tra vertici politici e dirigenti) come fattori che finiscono per attenuare l'efficacia della sovranità popolare (223-224). Nello stesso volume, nell'apertura dei lavori affidata a L. CARLASSARE, *La sovranità del popolo nel pluralismo della democrazia liberale*, 3, il richiamo al pensiero di C. ESPOSITO (*La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 231-233) consente di sviluppare il rapporto tra sovranità popolare e Pubblica amministrazione, cercando di fornire una risposta alla domanda circa il limite della maggioranza, pur sostenuta dalla volontà popolare: «Diceva Esposito (...) che i cittadini attraverso i partiti possono esercitare influenza limitatamente al campo proprio del parlamento e del governo, ma non possono determinare le decisioni della pubblica amministrazione: "La precisazione che i partiti politici possono influire solo sulle direttive politiche dello Stato esclude la liceità dell'intervento e conferma la disposizione dell'art. 97 Cost." che vuole i pubblici uffici organizzati secondo disposizione di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

razione delle “scelte di difesa” del nucleo essenziale ed inviolabile del diritto sociale, in base alla competenza esclusiva assegnata dall'art. 117 Cost.<sup>142</sup>.

In tale prospettiva, e lungi dal volere innestare, nelle premesse teoriche, gli spazi per un condizionamento della definizione dei diritti sociali e della relativa posizione soggettiva da parte delle scelte politiche ed amministrative in ordine ad essi, tali considerazioni intendono evidenziare, già in questa sede, che il diritto sociale, inquadrato come diritto fondamentale convive con la specificazione legislativa dei livelli essenziali, cui è affidato il compito di dipanare la trama necessaria degli strumenti che, nell'evoluzione della vita degli individui e della società, consentono di ritenere assicurata, tramite i livelli delle prestazioni selezionate, la protezione inviolabile dei diritti.

142. In dottrina, si veda la prospettiva radicalmente difforme nelle riflessioni di A. GIORGIS, *Commento all'art. 3, comma 2, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, A. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, 88 ss., le quali, seppur riferite alla struttura del principio di uguaglianza sostanziale, ed alla determinazione degli oggetti delle pretese all'uguaglianza sostanziale, affronta anche il tema generale del contenuto (minimo) essenziale dei diritti in base a due ordini di considerazioni. Innanzitutto, è ritenuta pregiudiziale la questione di come possa determinarsi la misura dell'obbligo costituzionale che incombe sulla Repubblica di apprestare un'adeguata disciplina attuativa dei diritti di prestazione (per l'A. anche i diritti sociali sono tali e il criterio di accesso alla misura di rimozione dell'ostacolo è sempre e solo il bisogno di beni e servizi), oppure, se questa disciplina già esiste o se le prestazioni oggetto dei diritti sono già esigibili, di come possa determinarsi il limite costituzionale alle decisioni legislative che intendono ridurre il grado di tale attuazione. In tal senso, la risposta dell'A. relativizza la questione, e si limita a rilevare che, storicamente, negli ordinamenti a costituzione rigida, la scelta della dottrina e delle Corti costituzionali sia stata quella di valutare caso per caso il contenuto essenziale di ciascun diritto. Su questo versante, dunque, si affidano, interamente, i diritti al circuito Legislatore-Corte costituzionale (99). Nel successivo momento argomentativo, l'A. approfondisce il carattere “relativo” del concetto di contenuto essenziale: «Il contenuto essenziale dei diritti (e dei principi costituzionali dai quali discendono) non è un elemento che possa essere determinato in sé e per sé, astrattamente ed una volta per tutte. La sua determinazione può avvenire solo attraverso una valutazione della concreta e reale situazione in cui le diverse pretese s'innestano. (...) occorre pertanto procedere, oltre che alla valutazione circa la ragionevolezza delle limitazioni disposte dalla legge – valutazione che verrà condotta attraverso gli ormai consolidati test di rilevanza costituzionale dell'interesse concorrente, di idoneità logica, di non eccessività e di proporzionalità del mezzo impiegato per perseguirlo – alla valutazione di almeno altri due elementi, peraltro, non a caso, strettamente collegati e, in concreto, forse perfino indistinguibili: l'uno di carattere economico, l'altro di carattere, per così dire, culturale (...) quale sia nello specifico contesto culturale in cui il giudizio si svolge, la quantità e la qualità dei beni di cui si deve poter fruire per condurre un'esistenza libera e dignitosa.» (100). L'A. approda infine alla definizione (che qui non è accolta) dei diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati: «Per cercare di tracciare con rigore i margini del “costituzionalmente obbligatorio” oltre che verificare le condizioni personali ed economiche dei soggetti esaminati occorre altresì cercare di definire, con altrettanta precisione, il presupposto di fatto del bilanciamento, ossia l'ammontare della ricchezza esistente e ragionevolmente distribuibile» (100). La relativizzazione del contenuto dei diritti è massimizzata e i profili di complessità derivati da tale impostazione sono, tuttavia, presenti all'A.: «E qui, naturalmente, accanto ai problemi pratici connessi alla difficoltà della Corte – così come per qualsiasi altro organo, compreso lo stesso legislatore – di svolgere accurate indagini su elementi fattuali e previsionali, si presentano i problemi relativi alla determinazione del limite della pressione fiscale e dell'indebitamento pubblico.». Diffusamente, per le diverse voci del dibattito che assumono la definizione di diritti di prestazione, anche finanziariamente condizionati, cfr. capitolo I, § 2.3 e 2.4.

La tipologia degli strumenti è indirizzata, di regola, a livello individuale o collettivo, al temperamento o al superamento diretto del bisogno di protezione sociale, come, ad esempio, in caso di ammissione alla *social card*, al reddito minimo di inserimento, di assegnazione di *voucher* d'assistenza, di affiancamento dell'insegnamento di sostegno all'attività didattica ordinaria.

#### **4.1. La ricostruzione dei diritti sociali quale porzione della sovranià del popolo**

Gli elementi d'analisi fin qui selezionati consentono di svolgere due osservazioni.

Da un lato, vi è il riconoscimento giuridico dei diritti sociali sancito dalla Costituzione negli artt. 29 ss., ma quest'ultimi rimangono ancora definiti, nella quasi totalità delle interpretazioni, in modo quasi esclusivamente correlato alla volontà del Legislatore attuatore<sup>143</sup>, ed agli episodi di tipizzazione stratificata dei singoli diritti (lavoro, salute, istruzione, assistenza e previdenza)<sup>144</sup>, che hanno avuto l'effetto di stabilizzare una giustiziabilità "di alto livello", affidata

143. Il riferimento è, tra gli altri, agli interventi del legislatore sul reddito minimo di inserimento (art. 59, commi 8, 47 e 48, l. 27 dicembre 1997, n. 449), sul reddito di ultima istanza (art. 3, comma 101, l. 24 dicembre 2003, n. 350), sulla c.d. *social card* (art. 81, commi 32 ss., decreto legge 25 giugno 2008, n. 112., convertito nella l. n. 133/2008), e sull'indicatore della situazione economica equivalente – ISEE, per valutare la situazione economica del singolo che aspira a livelli di protezione e sostegno pubblici (art. 59, comma 51, l. n. 449 del 1997, e d. lgs. 31 marzo 1998, n. 109). Non essendo questa la sede, e non rientrando nei fini d'indagine la mera ricostruzione dell'alluvione dei provvedimenti normativi disposti in materia, a titolo esemplificativo della episodicità e frammentarietà della legislazione (anche sperimentale e non omogenea), si fa riferimento, in ultimo, alla conversione (approvata alla Camera il 7 agosto 2013) del decreto legge n. 76 del 2013, art. 3, commi 2, 3, 4 e 5, con cui è stata rimodulata la *social card*, ed estesa a tutti i comuni delle Regioni del sud (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna, Sicilia, oltre le già previste Napoli, Bari, Palermo e Catania) quale risposta all'incidenza della povertà ed al disagio socio-economico del Mezzogiorno rispetto il resto d'Italia, mediante un finanziamento della card pari a 100 milioni per il 2014, e 67 per il 2015. In origine (legge 133/2008), si prevedeva l'erogazione bimestrale di 80 euro per l'acquisto di beni essenziali ed il pagamento dei costi di luce e gas. Ma l'individualità della card e il requisito della cittadinanza italiana è stato riformato dal successivo governo Monti che (con il decreto Semplifica Italia convertito nella l. n. 35/2012) ha previsto la sperimentazione annuale di una nuova carta acquisti in 12 comuni (Milano, Torino, Venezia, Verona, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Napoli, Bari, Catania, Palermo) basata sul requisito della residenza e modulata sul numero dei componenti del nucleo familiare: dai 231 euro al mese per due persone ai 404 euro per famiglie con cinque o più membri. Questa card è quella rafforzata dal decreto Lavoro convertito in legge, ed inoltre non può essere cumulata con quella introdotta nel 2008, e destinata a coprire i costi di vita di nuclei familiari con minori di età inferiore ai tre anni ovvero ultrasessantacinquenni in situazione di grave disagio economico; la nuova card rifinanziata dall'attuale governo richiede inoltre la presenza di un giovane in età inferiore ai 18 anni come criterio ulteriore d'accesso.

144. Per una recente ricognizione dell'evoluzione normativa, si veda il puntuale lavoro di V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, cit., soprattutto cap. II, sez. II, e cap. III, 132-239; ed altresì, ed i saggi dedicati alle funzioni del benessere nel *Trattato di Diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, S. CASSESE, (a cura di), Milano, 2000, di N. AICARDI (sanità), M. GIGANTE (istruzione), A. LA SPINA (protezione sociale), E. FERRARI (servizi sociali).

alla Corte costituzionale<sup>145</sup>, mentre la varietà dei modi d'attuazione dei singoli diritti sociali ha portato con sé quella difficoltà definitoria che ha anche disperso, nel passato, ogni tentativo di codificarne un unitario statuto, anche di protezione giurisdizionale, immediatamente esigibile dal singolo<sup>146</sup>.

Dall'altro, gli interventi periodici e frammentari del legislatore, su cui s'è concentrata l'attenzione della dottrina prevalente (anche al fine di definirne la natura giuridica e lo statuto), insieme alle influenze correlate all'attuale stagione di condizionamento finanziario che, in termini generali, interessa i diritti sociali, sembrano rimarcare una crisi d'effettività, che trova radice e conferma nella prosecuzione della degradazione della dimensione fondamentale dei diritti sociali, in ragione del rilievo accordato ai contenuti (relativizzanti e parcellizzanti) della disciplina attuativa.

145. Recentemente, anche a fini bibliografici, cfr. la puntuale sintesi nel saggio di S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in Rivista telematica Gruppo di Pisa, 2012, 1, 1-59; ed inoltre, sul tema, si vedano i lavori monografici di A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996.

146. Su tale profilo, per tutti, si veda l'analisi di G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 776-780. L'A. osserva la disomogeneità del contenuto dei diritti sociali quale presupposto per la complessa articolazione dei regimi di tutela in sede giurisdizionale, ma l'analisi è compiuta un decennio prima della l. n. 241/1990, anche se la sede della valutazione comparativa nel procedimento viene individuata quale luogo per la materializzazione dei diritti sociali, e il contenzioso dinanzi il g.a. viene già considerato un'area rilevante di tutela: «il rango costituzionale assegnato ai diritti, alle situazioni e ai fini previsti dagli artt. 29 ss. Cost. comporta innanzitutto il sindacato di costituzionalità della Corte costituzionale. (...) pur essendo poco incisive nei riguardi dei comportamenti omissivi del legislatore, che dovrebbe dare attuazione a quei fini, esse tuttavia possono invalidare le leggi che si pongono in contrasto con quei fini. Vi è poi la tutela giurisdizionale ordinaria. Come si è visto, ad alcuni precetti costituzionali (retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 e parità retributiva uomo-donna ex art. 37 Cost.) è stata riconosciuta immediata operatività nei rapporti interpretati, e conseguente idoneità a fondare pretese tutelabili anche in assenza di legge. (...) Nella normalità dei casi invece il giudice conosce pretese che derivano dalla legge ordinaria attuativa del precetto costituzionale. (...) Un terzo gruppo di azioni ha trovato ingresso nei rapporti interpretati in materia di tutela della salute e di tutela ambientale. Lo strumento utilizzato è quello tradizionale dell'azione di danni (e dei rimedi inibitori), attraverso un progressivo allargamento dell'area del danno risarcibile; sino ad includervi, almeno in via di tendenza, il danno non patrimoniale diverso dal danno semplicemente morale. (...) La Costituzione italiana canonizza la distinzione, che risale alla legislazione ottocentesca istitutiva della giustizia amministrativa, fra diritti soggettivi e interessi legittimi (artt. 103 e 113 Cost.). (...) La tutela dei diritti sociali che si concretano in pretese a prestazioni dei pubblici poteri e ai quali viene negata consistenza di diritti soggettivi è quindi affidata al giudice amministrativo. In relazione alla struttura del giudizio, la domanda non ha per oggetto la prestazione negata (...) ma l'annullamento dell'atto di diniego. (...) Molto più estesa quantitativamente è questa forma di protezione nei riguardi di coloro che non richiedono prestazioni amministrative, ma si oppongono a provvedimenti autorizzativi di attività private, suscettibili di esporre a pericolo o produrre un danno a beni come la salute e l'ambiente. Si è parlato in proposito di interessi oppositivi che si distinguono dagli interessi pretensivi. Uno spazio crescente è occupato dalla tutela penale.». Inoltre, sulla connessione tra le operazioni di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive riferite ai diritti sociali e le possibilità di protezione dell'interessato dinanzi il giudice ordinario ovvero il giudice amministrativo, (nella cornice dei "pendolarismi mutevoli ed ideologici" rilevati da R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, cit., 253), si veda, più recentemente, V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, cit., 82 ss.

In tale scenario, può riconoscersi la ricorrenza della notazione di senso comune secondo cui i diritti sociali non hanno mai conosciuto una stagione d'incertezza definitoria e d'effettività quale l'odierna<sup>147</sup>.

Ferme le premesse, le censure finora mosse alla degradazione dei diritti sociali a meri diritti "legali", possono essere superate muovendo da una lettura differente, in base alla quale, nei diritti sociali e nel loro esercizio, s'innesta la porzione più importante della sovranità del popolo, del modo d'essere della sovranità ad esso spettante.

Com'è noto, l'art. 1 della Costituzione assume il rango di supernorma<sup>148</sup>, identificando i principi di struttura (*Stukturprinzipien*) dell'ordinamento, tra cui il principio democratico, ed i suoi nessi con la forma repubblicana, la sovranità popolare e i limiti all'esercizio di quest'ultima.

In seno all'Assemblea costituente<sup>149</sup>, le implicazioni di tale principio sull'effettiva democraticità dello Stato italiano hanno condotto a configurare la sovranità popolare non come principio meramente astratto, ma la codificazione del versante più profondo della giuridicità dell'ordinamento, nella misura in

147. Recentemente, intercetta il bisogno di effettività dei diritti sociali, come patrimonio di cittadinanza che accompagna la persona in ogni luogo del mondo, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

148. Cfr. C. MORTATI, Art. 1, *Principi Fondamentali*, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1975, 2. In senso conforme V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana*, in *Studi in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1955, 17. Più recentemente, M. OLIVETTI, Art. 1, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, cit., 7.

149. Il tema complesso della sovranità popolare e della sua crisi necessiterebbe di un esame più completo ed approfondito che non è possibile ripercorrere, neppure in sintesi, in questa sede, nella quale si privilegia il riferimento alle costruzioni teoriche che legano la sovranità popolare all'esercizio individuale dei diritti e delle libertà, oltre l'ambito classico del corpo elettorale e dell'incidenza sull'indirizzi politico dello Stato. In relazione al dibattito sviluppato in seno all'Assemblea Costituente, M. OLIVETTI, Art. 1, cit., 9-11, richiama puntualmente che tanto la Commissione dei 75, quanto l'Assemblea plenaria discussero a lungo sul verbo con cui collegare la sovranità al popolo ("emana", "spetta", "risiede", "appartiene"), a partire dall'obiezione di Lucifero secondo cui «la sovranità risiede nel popolo e in esso sempre rimane. Vi possono essere degli organi delegati che per elezioni popolari esercitano la sovranità in nome del popolo; ma la sovranità è del popolo e resta del popolo. Dire pertanto che la sovranità emana (...) dal popolo dà la sensazione, che può essere domani interpretazioni giuridica, che il popolo, con l'atto con cui ha eletto coloro che eserciteranno la sovranità in suo nome, si spoglia di questa sovranità, investendone i suoi delegati.» In Commissione, la posizione critica di Tosato ebbe la prevalenza – nell'idea che il termine risiede sarebbe stato giustificato solo qualora tutti gli atti emanati dagli organi dello stato dovessero essere sottoposti all'approvazione popolare – e il consenso ebbe ad oggetto la formula "la sovranità emana dal popolo", nel contesto del testo del progetto dell'art. 1: «L'Italia è una Repubblica democratica. La Repubblica italiana ha per fondamento il lavoro e la partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione politica economica e sociale del paese. La sovranità emana dal popolo ed è esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione e delle leggi.» In Assemblea, tuttavia, venne rovesciata l'argomentazione prevalsa in Commissione, giungendo alla formulazione attuale nell'approvazione del 22 marzo 1947, sulla base di tre emendamenti: si sostituì "emana" con il verbo "appartiene"; si esclusero le leggi dalle fonti abilitate a definire forme e limiti di esercizio della sovranità; il riferimento alla partecipazione dei lavoratori venne spostato nell'attuale art. 3, comma 2 Cost.



cui al popolo è riconosciuto l'esercizio della sovranità mediante l'effettiva partecipazione all'organizzazione economica, sociale, e politica del Paese.

In questi termini, assumono rilievo (e si fa riferimento adesivo a) quelle peculiari letture della formula costituzionale "sovranità popolare", nelle quali s'intende che essa si esprima anche attraverso i diritti di libertà ed i diritti sociali<sup>150</sup>, ossia intesa quale espressione e contenuto della democrazia che "non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere, ma che abbia il potere; non già che esso abbia solo il potere costituente, ma che a lui spettino tutti i poteri costituiti; e che non abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto)"<sup>151</sup>.

Una sovranità che non è considerata circoscritta negli schemi normativi del corpo elettorale, ma che riguarda il popolo, assunto nella Costituzione non "come vero e proprio soggetto giuridico per sé stante" bensì "come una figura giuridica soggettiva" che non va considerata "come unità indivisibile (...) "attributaria del potere, ma tale come insieme di "tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico"<sup>152</sup>, mediante l'esercizio della sovranità che "non si esaurisce in manifestazioni unitarie di volontà", ma può anche assumere forma "in una serie di atti parziali che in diversi modo concorrono – quali presupposti, momenti preparatori e momenti costitutivi – alla formazione, all'esplicazione e all'attuazione della potestà medesima unitariamente considerata"<sup>153</sup>.

In tali orientamenti, la dicotomia oppositiva tra sovranità del popolo e sovranità dello Stato è oggetto di riflessione, e viene intesa nel senso che "lo Stato non è il popolo ma lo rappresenta nel mondo del diritto"<sup>154</sup>.

Segnatamente, il mutamento di significato è osservato negli ordinamenti democratici, nei quali la sovranità popolare è riconosciuta in forma piena, quale ordinaria potestà di governo del popolo e, pur non implicando il superamento della distinzione tra Stato-soggetto e Stato-comunità, essa abbassa lo Stato-soggetto a mero strumento tecnico, a uno tra più, della volontà dello Stato-comunità, nel senso del direzionale e tendenziale assorbimento del primo nel secondo, a cui spetta la titolarità e l'esercizio della sovranità<sup>155</sup>.

150. Il riferimento – già approfondito *infra*, cap. 1, paragrafo 2.6 – è alla riflessione di L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit.; L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 150 ss.; Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 121 ss..

151. C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 10.

152. V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 43.

153. V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 33.

154. V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 42 ss.

155. Cfr. F. MODUGNO, *La dicotomia Stato-ordinamento, Stato-soggetto, nel pensiero dei tre maestri (Esposito, Crisafulli, Paladin)*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, L. CARLASSARE (a cura di), Padova, 2004, 50. La distinzione tra apparato statale e popolo, come noto, è ripresa e perfezionata da L. PALADIN, *Diritto costituzionale*,

In tale direzione, in particolare, si sviluppa il contributo di quella parte della dottrina che rileva come, in Costituzione, non vi sia traccia della concezione del potere come situazione che evoca l'idea dell'autorità, come – del pari – della concezione (ideologica) del vecchio Stato autoritario, ove è invece da considerare presente l'amministrazione come una delle funzioni di governo della collettività, ossia l'amministrazione intesa come azione concreta che si svolge mediante operazioni e atti giuridici concreti (cioè direttamente produttivi di effetti) al servizio della collettività<sup>156</sup>, capace di tradurre il principio democratico più intensamente delle altre funzioni di governo<sup>157</sup>.

In tali concenzioni teoriche, il superamento del dogma della sovranità dello Stato passa, dunque, attraverso il rilievo del graduale e storico passaggio della sovranità dallo Stato-soggetto allo Stato-comunità<sup>158</sup>, ma, tuttavia, nella

---

Padova, 1998, 268–273, che approfondisce la natura strumentale dell'apparato e la conseguente responsabilità dei soggetti che devono governare in collegamento costante con il detentore ultimo del potere sovrano, cioè con il popolo.

156. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 56 ss.. In modo incisivo, l'A. ha cura di rilevare che «nel tipo di Stato democratico costituzionale, nel quale si inserisce il nostro ordinamento (come gli altri dell'area culturale europea continentale) tutte le funzioni di governo si esercitano (legittimamente) nell'ambito di norme e principi stabiliti dalla Costituzione. Non si può dare funzione di governo al di fuori di tale norme e principi, che trovi cioè altrove la sua fonte di legittimazione. E la disciplina giuridica dell'amministrazione pubblica che per regola coincide con il diritto amministrativo, si presenta invero, come la concretizzazione del diritto costituzionale sul versante dell'amministrazione (concezione ben diversa da quella tradizionale secondo la quale il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta)» (57). Per l'A., assume rilievo l'integrazione fra gli ordinamenti, per cui nel vigente ordinamento, integrato nell'Unione europea, la cui normazione per regola "prevale" su quella nazionale, norme e principi di rango costituzionale che vincolano l'amministrazione (e ne prevedono determinati poteri), si rinvergono anche in tale ambito normativo, nel quale, com'è noto, la disciplina dell'amministrazione (anche di quella nazionale) trova uno spazio sempre maggiore. Sul tali profili, si vedano C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010; A. MASSERA, *I Principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), vol. I, Milano, 2007; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997.

157. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 58.

158. Insiste sulla pregnanza del significato e del ruolo dello Stato-comunità la riflessione di P. MADDALENA, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la costituzione della repubblica italiana. Giudizio di equità ed identità tra equità e diritto*, in *Dir. soc.*, 2001, 225, laddove, conclude la ricostruzione dei pilastri sui quali poggia lo Stato sociale di diritto, evidenziando che tale Stato esiste solo in quanto esiste la volontà popolare che lo sorregge, poiché non è il tradizionale Stato di diritto di stampo liberale, e cioè lo Stato-persona giuridica, ma è lo Stato-comunità: «si vuol dire che è la comunità dei cittadini che s'identifica con lo Stato e che esiste una identità tra Stato e Popolo. Esattamente come era presso i Romani, per i quali la repubblica era costituita dal Senato e dal Popolo: *senatus populusque Romanus*. Lo Stato-persona giuridica, ovvero lo Stato-amministrazione è soltanto un Organo dello Stato comunità, che svolge l'attività amministrativa per la cura degli interessi pubblici, così come il Parlamento svolge l'attività legislativa e la magistratura svolge l'attività giurisdizionale.» (239). L'A. rivolge un'aspra critica anche agli studiosi ed alla coscienza popolare, presso i quali – a suo avviso – persiste ancora l'idea del tradizionale Stato-persona giuridica, concepito in modo comprensivo dei suoi Organi, sottraendo così al concetto di Stato proprio l'elemento più importante, e cioè il popolo: «lo Stato-comunità comprende il popolo, l'ordinamento giuridico e le autorità che servono a costituire (la legislazione), a conservare (la giurisdizione), e ad applicare nei casi concreti l'ordinamento

prospettiva secondo la quale allo Stato, come strumento – anche se non unico, – della collettività nell'esercizio della sovranità, non si possa interamente rinunciare, «giacchè, per quanto l'organizzazione statale (largamente intesa) e segnatamente quella amministrativa, vada sempre più facendosi articolata, territorialmente e settorialmente, e sempre più aprendosi (con il subentrare di organi collegiali elettivi ad organi burocratici o in altre possibili forme) alla partecipazione attiva degli amministrativi, quel nucleo centrale autoritativo (...) permarrà pur sempre distinto e contrapposto alla collettività attorno ad esso organizzata», cosicché «il processo di sviluppo della democrazia incontra, dunque, un limite, per così dire, naturale, che consiste nella esistenza di uno Stato», poiché «una completa dispersione dell'autorità nel corpo sociale implicherebbe inevitabilmente la totale disgregazione anche di quest'ultimo»<sup>159</sup>.

In tale visione generale, in tale peculiare modo d'intendere la sovranità in relazione alla configurazione dei diritti sociali, rileva «la forte accentuazione sull'essenzialità dei diritti, delle libertà e del loro continuo esercizio, della persistenza della sovranità che si realizza ogni giorno nei molteplici atti con i quali viene esercitata da ciascun cittadino», e si manifesta in una partecipazione continua del popolo all'ordinamento, che «è fondamentale, perché non è solo al momento del voto da parte del corpo elettorale che si esprime la sovranità sicché poi chi governa in quanto investito dal popolo sovrano (destinato poi a tacere per cinque anni), è padrone»<sup>160</sup>.

---

(l'amministrazione). Lo Stato-persona giuridica, invece, comprende soltanto l'ordinamento e le autorità, sottraendo dalla sua entità il Popolo, ed evitando, così la partecipazione ed il controllo popolare. In questo, effettivamente, la Costituzione attende ancora di essere attuata.»(240).

159. Cfr. V. CRISAFULLI, *Stato democratico e società, oggi.*, (1982), in Id., *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985, 333. Sul punto, anche la lucida posizione di L. CARLASSARE, *L'impegno per l'attuazione della Costituzione: dalle norme programmatiche alla sovranità popolare*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1994, 59, ad avviso della quale il trasferimento della sovranità del popolo allo Stato resa possibile dalla costruzione dello Stato come persona giuridica nella quale lo stesso popolo risulta assorbito, viene annullato utilizzando la distinzione fra Stato-società e Stato-governo, la quale, consente, per prima cosa, di far "uscire" il popolo dallo Stato, presentandolo come esterno a quest'ultimo inteso come apparato governante, e quindi di affermarne la funzione strumentale dell'apparato rispetto al popolo cioè al vero sovrano.

160. Cfr. L. CARLASSARE, *La sovranità del popolo nel pluralismo della democrazia liberale*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, cit., 7. Una posizione nettamente difforme, come noto, è espressa dalla riflessione di S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 10 ss., il quale, nell'ambito dell'analisi sull'ordinamento giuridico globale, segnato dalla ricorrenza dei tre elementi degli ordinamenti giuridici (plurisoggettività, organizzazione, e formazione) ma privo di sovranità – sostituita dalle forme di cooperazione – si inserisce criticamente nel dibattito in ordine al carattere non democratico della realtà giuridica sovrastatale per evidenziarne, tra l'altro, il vizio consistente nel «sopravalutare il posto della democrazia negli ordinamenti politici. Questa ha molti limiti. Nessun governo è gestito dal popolo, perché non c'è democrazia diretta. La democrazia indiretta è notoriamente strumento molto imperfetto di rappresentanza. Le decisioni popolari giudicano più i risultati che i progetti, confermando i governi in carica e scegliendo alternative. La "tirannide della maggioranza" deve essere temperata in vari modi (magistratura indipendente, Corte costituzionale, autorità indipendenti, neutralità dell'amministrazione,

Nel paradigma della democrazia costituzionale, protetta dalla rigidità della costituzione, tutti i diritti fondamentali, – non solo i diritti politici, ma anche i diritti civili, i diritti di libertà, e i diritti sociali, se valgono a limitare la democrazia politica, dall'altro, servono ad integrarla ed a rafforzarla, insieme alla nozione, che è alla sua base, di sovranità popolare: infatti, tutti i diritti, essendo conferiti ugualmente a tutti, alludono al popolo intero, riferendosi a poteri e ad aspettative di tutti; e la loro costituzionalizzazione, elevandoli a norme sopraordinate a qualunque altra, conferisce ai loro titolari una collocazione a sua volta sopraordinata all'insieme dei pubblici poteri, che al loro rispetto e alla loro garanzia sono vincolati e funzionalizzati<sup>161</sup>.

Ne risulta, così, ridefinito il ruolo dello Stato costituzionale di diritto – che attraverso la sua funzionalizzazione alla garanzia dei diversi tipi di diritti fondamentali, compresi i diritti sociali, viene a configurarsi come “strumento” per fini non suoi – ed anche il significato profondo della democrazia, che risiede in tale “rapporto tra mezzi istituzionali e fini sociali, e nel conseguente primato dei diritti fondamentali sui pubblici poteri, delle persone in carne ed ossa sulle macchine politiche e sugli apparati amministrativi”<sup>162</sup>.

Accedendo a tale impostazione teorica anche per i diritti sociali, e ritenendo anche come dato non più controverso il riconoscimento della essenzialità dei diritti sociali, al pari delle tradizionali libertà, alla definizione del primato della persona nell'ordinamento giuridico, conseguentemente, può sostenersi che la sovranità appartiene a ciascun individuo e si realizza ogni giorno, oltre lo schema e l'abito giuridico del corpo elettorale.

Segnatamente, laddove l'art. 1 Cost. contiene una disposizione di rinvio sull'esercizio della sovranità, l'idea che si sostiene è che il sintagma “nelle forme e nei limiti della Costituzione” (sancito nel comma 2 dell'art. 1 Cost.) sia tecnicamente una norma di rinvio<sup>163</sup> alle norme costituzionali – anche – sui diritti sociali (gli artt. 29 ss. Cost. sulla salute, sull'istruzione, sul lavoro, sull'assistenza, sulla previdenza), che danno corpo alla sovranità popolare in modo incessante, negli ambiti materiali di vita e nel rapporto costante con il potere legislativo, ed amministrativo, in ragione del ruolo di sintesi attuativa che può realizzarsi, come si dirà, anche nell'esercizio delle funzioni amministrative, che attuano il sistema composito delle fonti sui diritti sociali; esplicano il compito di programmare<sup>164</sup>, e di gestire risorse e servizi per assegnare la porzione

---

garanzie procedurali) per cui la libertà degli antichi (quella di dare il consenso alle leggi) deve combinarsi con quella dei moderni, l'indipendenza individuale.» (11-12). Si tratta di una visione che valorizza la crisi del diritto come diritto legislativo prodotto politicamente.

161. Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 165.

162. Cfr. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 167.

163. In senso conforme, quale norma di rinvio sui contenuti d'esercizio della sovranità, cfr., R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, cit., 166 ss.

164. Sulle modulazioni e combinazioni dei rapporti tra leggi e programmazioni amministrative, si veda S. AMOROSINO, *Legislazione e programmazioni amministrative, riserve di “competenza” e invasioni di campo*, in *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella*

individuale e collettiva (a livello statale, regionale e comunale) di protezione sociale stabilita, laddove in regime di concorrenza, il mercato non copra il livello essenziale legislativamente fissato in modo adeguato.

Se, certamente, la legislazione statale rimane ancora la fonte della disciplina di dettaglio dei diritti sociali (che trovano in essa gli strumenti contingenti e necessari per il superamento delle fattispecie di bisogno o per la promozione della persona), tuttavia, proprio l'ambito dei diritti sociali, consente di cogliere i segni di un significativo spostamento culturale che segna tutta l'area della giuridicità, in coerenza con il forte indebolimento della tradizionale idea di sovranità statale<sup>165</sup>.

Si tratta del fenomeno dei diritti sociali, nel loro peculiare valore di linguaggio giuridico semplificato ed universale (a livello comunitario, internazionale, globale): infatti, in base al contesto di riferimento, tali diritti sono

---

*disciplina della pubblica amministrazione* (Annuario 2004 - Convegno A.I.P.D.A.), Milano, 2005, 225 ss.; inoltre, per una visione in parte difforme, rilevano le riflessioni di B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2004, 273; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003; e G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.

165. Cfr. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazioni e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 135 ss., ove la crisi del diritto normativo statale è considerata nel controbilanciamento con la nuova stagione di vitalità dei diritti, e con una riflessione giuridica allineata alla visione d'indagine che si propone. In particolare, per l'A., vi è una crisi sempre più manifesta della legislazione per le sue modalità di produzione, legate alla dialettica maggioranza-minoranza, troppo rigida per rispondere alla complessità della società e del bene comune oggetto della mediazione legislativa, e per le sue modalità d'intervento nella stessa società, anch'esse troppo rigide, e legate a presupposti di tipo normativo ed incapaci di seguire percorsi più articolati e complessi, come le inclinazioni economiche dei soggetti o i nuovi nessi tra pubblico e privati (135-136). Tali notazioni approdano all'analisi evolutiva del rapporto e dell'incongruenza tra primato della legislazione e primato dei diritti: «l'ideologia dei diritti era sostanzialmente estranea agli Stati incentrati sull'idea della sovranità e, più in generale, al pensiero giuspositivistico. Se, infatti, troviamo già nella pagine di Kant e, più in generale, nella cultura settecentesca, il "progetto" di un diritto e di diritti cosmopoliti, e se le grandi costituzioni di fine settecento sembrarono incarnare quel progetto, il consolidamento degli Stati portò poi ad una sua interruzione nella cultura giuridica ottocentesca, nella presunzione che gli Stati potessero "costruire" e "contenere", ciascuno, nel proprio territorio, uno specifico catalogo dei diritti, in coerenza con il proprio progetto di sovranità. Coerentemente con questa idea, i diritti venivano, per così dire, espropriati di una propria specificità grammaticale e assoggettati alle specificità grammaticali delle legislazioni nazionali.» (137). In questa direzione, è considerata la cittadinanza, che ponendosi a metà tra politica e diritto, «ha sempre operato nell'ambito territoriale di uno Stato sovrano, che aveva al proprio centro l'istanza particolaristica della sicurezza, non quella universalistica dell'uguaglianza degli uomini e della giustizia. Così, mentre continuava a circolare la presunzione di universalità dei diritti, questa universalità di fatto si rifrangeva in una varietà di versioni, sulla cui dissomiglianza non si è ancora fatta luce sufficientemente. Da questo punto di vista, appare esposta ad addebiti di incoerenza la posizione di quanti si fanno strenui difensori di una ideologia dei diritti da una prospettiva strettamente giuspositivistica. Oggi, non per caso, in un clima di diminuita importanza della sovranità statale, e mentre gli Stati si aprono a nuove funzioni, l'esplosione dei diritti può apparire come una ripresa del progetto settecentesco. Sarebbe tuttavia improprio pensare ad una semplice ripresa di quel progetto, senza considerare tutti gli adattamenti e le novità imposti dal contesto della globalizzazione».(138).

capaci di assumere, caso per caso, identità *passe-partout*<sup>166</sup>, in ragione della loro attitudine ad una apertura pragmatica verso contenuti, versioni, e aggiornamenti continui dei presupposti giuridico-fattuali stabiliti per l'attivazione della misura di protezione, anche a prescindere dalla definizione del livello essenziale della prestazione.

Si tratta della prospettiva che intende evidenziare come i casi di bisogno, e le lesioni ai beni della vita protetti, si confrontano anche con l'attività di conoscenza e di decisione delle amministrazioni, le quali, più che in passato – in ragione della crisi della forza esaustiva della legislazione e della precarietà della dialettica politica maggioranza-minoranza – possono anche assumere il ruolo di “cinghie di trasmissione” dell'effettività dei diritti sociali, espressione individuale, puntiforme, della sovranità popolare e dell'aggiornamento delle sue forme d'esercizio.

La tessitura costituzionale della sovranità popolare nei diritti sociali – che qui si propone – è stata sostenuta con forza dall'orientamento che, nell'ambito della corrente di pensiero che individua la natura giuridica dei diritti sociali quali diritti fondamentali inviolabili, ne ha riconosciuto il fondamento, appunto, nella sovranità che appartiene al popolo<sup>167</sup>.

Il richiamo a tale orientamento, infatti, aderisce all'affermazione secondo la quale costruire la teoria dei diritti sociali attraverso il paradigma classico rivela un'operazione interpretativa ormai incompatibile con il diritto vigente, poiché, nel nostro ordinamento, la sovranità non può più essere considerata pertinente allo Stato, in ragione del riconoscimento costituzionale della sua appartenenza al popolo (art. 1 Cost.).

Tale assunto preliminare è la base sulla quale si riconosce la sovranità del popolo quale luogo nel quale si fondano i diritti fondamentali, compresi anche i diritti sociali: infatti, in tale orizzonte concettuale, tali diritti preesistono all'ordinamento legale, ed è la sovranità il motore fondativo dell'ordinamento positivo.

In tale cornice, s'afferma che «la sovranità delle persone costituisce l'ordinamento; i diritti inviolabili anch'essi precedono o coesistono all'atto costitutivo dell'ordinamento e dello Stato, sicché non sono fondati in esso ed anzi lo fondano; i diritti, quindi, non sono forme di esercizio della sovranità fissate dalla Costituzione. Per tale ragione si fondano, vivono e si esercitano in ragione della sovranità delle persone senza filtrare attraverso le forme costituzionali di esercizio della sovranità. Le persone, il popolo, i titolari della sovranità, quindi, nel momento in cui costituiscono l'ordinamento e fondano lo Stato trattengono nell'ambito della (loro) sovranità i (loro) diritti inviolabili.»<sup>168</sup>

166. L'espressione è di M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., 142.

167. Cfr. L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., paragrafo 12, e L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 150 ss.; Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 121 ss.

168. Cfr. L.R. PERFETTI, *op. ult.cit.*

In ordine all'inviolabilità, non è confutabile che sia un profilo di contenuto costituzionalmente riconosciuto anche in tali diritti, in quanto assistita dalla responsabilità immanente del Legislatore, che ha l'obbligo – in base all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. – di fissare “i livelli essenziali delle prestazioni” che proteggono i diritti sociali, allineando il contenuto della garanzia costituzionale ed il loro carattere fondamentale all'evoluzione concreta della società, per ciascun ambito materiale o settore invocato dai diritti medesimi.

I livelli essenziali delle prestazioni, dunque, lungi dall'identificarsi con il diritto sociale, o coglierne un elemento costitutivo (che significherebbe riconsegnare tali diritti alla disponibilità del legislatore, con il rischio, altresì, d'essere perpetuati come diritti finanziariamente condizionati) si configura quale strumento obbligatorio e vincolante di difesa che l'ordinamento predispone a favore di ciascun individuo.

In particolare, l'inviolabilità, quantitativa e qualitativa, dei livelli delle prestazioni s'impone, con il suo carattere cogente, quale contenuto essenziale delle prestazioni che devono essere assicurate, dal mercato o dai pubblici poteri – come si dirà di seguito – non necessariamente nel ruolo di prestatori, ma anche nel ruolo di regolatori.

Sotto il profilo del rapporto tra popolo e amministrazione, nei contributi richiamati, ed in particolare modo nell'interpretazione dei diritti sociali fondati sulla sovranità del primo, emerge un'intuizione, non completamente sviluppata, sul “popolo” che le amministrazioni hanno dinanzi a sé, apprendendone i bisogni e le richieste di protezione sociale. Il concetto costituzionale di popolo – racchiuso nel rapporto triangolare con i diritti sociali e la funzione amministrativa di governo (non esclusiva) della realizzazione – assume un colore di significato parzialmente differente rispetto ai contenuti tradizionali di tale categoria, riferita alla sovranità, intesa come elemento del processo politico del rapporto tra governanti e governati.

Nella Costituzione, è noto che il popolo rileva come nozione giuridica presupposta e in buona parte decostituzionalizzata, ed esercita la sovranità in molteplici forme previste nella Costituzione (corpo elettorale, e le altre sue articolazioni parziali quali partiti, sindacati, associazioni).

In base alla lettura dell'art. 1 Cost., unitamente alle altre proposizioni normative costituzionali sui diritti sociali, s'avverte un cambiamento di contenuto<sup>169</sup>, poiché tali diritti – come elemento costitutivo della sovranità–

169. Sulle differenti posizioni sull'interpretazione della nozione di popolo e sulla difficoltà di isolare il significato giuridico, da quello più propriamente politico e sociologico, e anche per gli ampi riferimenti bibliografici, si veda R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 159 ss., secondo cui «il popolo, che assume una posizione del tutto preminente nel nostro ordinamento, al quale la costituzione riconosce la titolarità e l'esercizio del potere sovrano (art. 1 Cost.), nel cui nome è amministrata la giustizia (art. 101 Cost.) ed è svolta l'attività burocratico-amministrativa (art. 98 Cost.) (l'A. argomenta in base ad un'interpretazione del termine nazione usato in accezione atecnica come sinonimo di popolo), finisce per essere in concreto molto simile



appartengono al popolo inteso come popolo reale<sup>170</sup>, e come singoli nelle diverse situazioni giuridiche verso lo Stato (c.d. concezione individualistica del popolo)<sup>171</sup>.

Il popolo che deve essere considerato titolare dei diritti sociali non comprende solo i cittadini maggiorenni, i governati, ovvero il complesso unitario ed astratto dei governanti e governati; ma anzi, tale nozione dovrebbe riferirsi in proiezione anche alla successione generazionale, poiché dovrebbe considerarsi implicita nel disegno costituzionale anche la responsabilità dei pubblici poteri e della società nel suo complesso (odierni) anche per il futuro, almeno sotto il profilo di rendere ragionevolmente possibile la conservazione dei presupposti di garanzia (politici, normativi, economici) dei diritti sociali anche per le generazioni future<sup>172</sup>, attraverso l'inserimento dell'interesse alla protezione della persona (e del genere umano) nel procedimento di bilanciamento

---

ad una scatola vuota che può essere riempita di contenuti secondo le scelte operate con la legge che stabilisce i criteri di attribuzione e di perdita della cittadinanza». Sulla base di tale premessa, l'A. evidenzia il discrimine in cui il popolo è visto come soggetto passivo, destinatario di decisioni o di servizi che altri, siano essi parlamentari, magistrati o pubblici impiegati, svolgono in suo nome o per suo conto (artt. 67, 98, 101 Cost.), nelle quali il concetto si fra più astratto e rarefatto ed è comunque comprensivo di tutti i cittadini, dalle altre disposizioni costituzionali in cui il popolo esercita dei poteri e la nozione viene necessariamente a restringersi ad una sola parte dei cittadini in possesso di particolari requisiti che si aggiungono a quelli occorrenti per il riconoscimento dello *status civitatis* (171-173). Per una nozione di popolo come totalità delle persone, residenti di fatto e di diritto in uno Stato e sottoposte alla medesima autorità statale, la quale viene a coincidere con la nozione di popolazione, quale nozione essenzialmente a carattere demografico e statistico, v. A. GIANNINI, *Il popolo nel regime repubblicano*, in *Riv. amm.*, 1952, I, 649. Nel dibattito, come noto, anche P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, 93-94, secondo cui il popolo inteso come insieme di cittadini è un'affermazione tautologica e inaccettabile, in quanto tale contenuto potrebbe venire in considerazione solo in un dato momento storico, in ragione della legge sulla cittadinanza in vigore, muovendo così contro alla ricostruzione per cui il popolo è dato dall'insieme dei soggetti viventi, ma anche passati e futuri.; inoltre, si veda la sintesi di D. NOCILLA, voce *Popolo*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 360 ss.; e più recentemente, M. OLIVETTI, *Art. 1, cit.*, 14-15.

170. In senso conforme all'interpretazione proposta nel testo, pare porsi il pensiero di F. MODUGNO, *La dicotomia Stato ordinamento – Stato soggetto nel pensiero dei tre maestri, cit.*, 60-61, il quale, ponendo la domanda se la sovranità possa esprimersi soltanto negli atti riconducibili al popolo come unità, matura un convincimento negativo: «Se la sovranità si esprimesse unicamente negli atti dello Stato soggetto e del corpo elettorale, vero titolare della sovranità finirebbe per risultare lo Stato soggetto che solo può esprimere con continuità la volontà sovrana. Il contrasto di tale costruzione con l'art. 1 Cost. sarebbe evidente. Occorre ricercare altri modi o mezzi di espressione continua della sovranità popolare che consentano di collegare strettamente, sin quasi ad assimilare, ad identificare, ponendoli sullo stesso piano, corpo elettorale e Stato soggetto come organi del popolo con il popolo stesso nelle altre sue possibili esplicazioni.»

171. Cfr. R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo, cit.*, 161.

172. In materia ambientale, è pacifico il principio dello sviluppo sostenibile. È una radice forte, profonda, indiscussa del diritto di vivere in un ambiente salubre come diritto da cui scaturiscono circuiti decisori e politiche pubbliche modellate sullo schema della responsabilità intergenerazionale. In tal senso, ancora più vischiose sono le posizioni dottrinali che rinunciano all'assolutezza e certezza dei diritti sociali, per abbracciare cataloghi sterminanti che parcellizzano e relativizzano ogni profilo di contenuto di tali diritti e delle funzioni amministrative che tendono alla loro cura.

degli interessi e negli scopi immanenti della funzionalizzazione del potere pubblico al primato della persona<sup>173</sup>.

Dunque, in estrema sintesi, nell'interpretazione che si propone, la sovranità del popolo vive non solo attraverso l'uso di quelli che comunemente vengono considerati i diritti politici (elezione, petizione, referendum, iscrizione a partiti politici), ma anche attraverso gli altri diritti, sia diritti di libertà che anche diritti sociali, nei limiti e nelle forme stabilite in Costituzione.

Per questa via, trova fondamento l'idea che la sovranità del popolo stia in rapporto d'incidenza non soltanto rispetto il potere legislativo dello Stato, ma anche – in parallelo e in modo più pregnante – rispetto al potere amministrativo, laddove anch'esso si confronta con i principi dell'uguaglianza, della dignità, della solidarietà come beni della vita trasversali, che si riconnettono in via diretta – nel disegno complessivo costituzionale – agli ambiti materiali della salute, del lavoro, dell'assistenza, della previdenza e dell'istruzione, ove emergono vieppiù esigenze di promozione della persona e bisogni di protezione sociale.

In questa visione interpretativa, che assume lo scopo di valorizzare il ruolo, anch'esso fondamentale, dei poteri amministrativi nel campo dei diritti sociali, l'effetto è quello di recuperare una razionalità ordinante nel riconoscimento di un unico statuto unitario dei diritti sociali, e quella maggiore concretezza della sovranità del popolo che è stata considerata manchevole ed all'origine di quelle visioni pessimistiche del popolo “definito da alcuni primi commentatori della Costituzione quale “uomo favolosamente ricco, il quale nondimeno non può disporre che di qualche migliaio di lire” o soggetto che “regna, ma non governa”<sup>174</sup>.

Anche se non può negarsi che il recente dibattito registra ancora autorevoli moniti sulla tendenza a far risorgere il mitico popolo, ed ad utilizzarlo quale mito fondante e nuovo tiranno<sup>175</sup>.

173. Sul punto, anche muovendo da una puntuale analisi dei percorsi avviati dal giudice delle leggi (in particolare, appare presente il richiamo all'interesse delle generazioni future già nelle sentenze del 1996 sul regime giuridico dell'acqua quale bene essenziale per l'alimentazione umana: sent. Corte cost., nn. 259 e 419 del 1996, e n. 246 del 2009), cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008, 423 ss.

174. Cfr. R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 180, che richiama l'espressioni di A. Giannini in *Il popolo nel regime repubblicano*, cit., 643., e A. LEVI in *La sovranità popolare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI, I, Firenze, 1950, 9.

175. Il riferimento è alle dissacranti ed estreme *Conclusioni* di V. ONIDA, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, cit., 256 ss., per il quale «è un mito, o un'illusione quella che, predicando il sistema democratico rappresentativo, pensa che si realizzi una tale identificazione tra governanti e governati per cui non ci sarebbe più l'autorità, perché appunto l'autorità si esercita nei confronti della stessa collettività che ne è titolare. Anche senza arrivare al mito della distruzione dello Stato, l'idea o l'illusione, o il mito che veramente attraverso la democratizzazione della società si arrivi ad una totale identificazione, e che quindi non ci sia più questa assolutezza di sovranità, perché il sovrano è assoluto, ma è lo stesso sovrano che comanda su se stesso, è evidentemente caduto.». In tale prospettiva, l'A. sostiene la necessità di abbandonare il concetto stesso di sovranità:

**4.2. I diritti sociali, ed i poteri pubblici. La funzione amministrativa e i limiti della dignità, dell'eguaglianza e della solidarietà. Lo spazio dell'intervento pubblico in base agli artt. 41 e 43 Cost.**

Sul piano storico e dogmatico, è noto che la ricerca della nozione di amministrazione desumibile dal contesto costituzionale è stata condotta da una parte della dottrina guardando, soprattutto, all'amministrazione come funzione, come attività complessivamente ordinata al perseguimento di scopi obiettivamente determinati nelle leggi e negli altri atti di scelta e di indirizzo politico; ed in tale connotazione di funzione-scopo, sono state ricomprese tutte le diverse manifestazioni che possono essere ad essa ricondotte, indipendentemente dai soggetti che le pongono in essere e dagli strumenti che vengono allo scopo utilizzati<sup>176</sup>, per il suo farsi dinamico non più come immagine dello Stato, ma immagine della società, traendo i suoi caratteri dell'essere funzione dell'organizzazione sociale<sup>177</sup>.

In special modo, ciò che rileva è che l'analisi del disegno costituzionale, nel suo complesso, ha sollecitato percorsi teorici che hanno evidenziato come la piena affermazione della sovranità popolare, dei diritti, e del principio di sussi-

---

«ne parliamo perché c'è scritto nell'articolo 1 della Costituzione, perché è un termine d'uso. I poteri insomma ci sono; e noi attraverso il diritto cerchiamo di trasformarli in funzioni, in funzioni sociali e, quindi, una funzione non è mai una funzione sovrana, bensì serve e deve "servire a": in tanto è buona in quanto serve. La Costituzione, mi pare, esprime proprio questa idea di un organo necessario, ma non di una scala gerarchica di poteri nella quale per forza dobbiamo mettere in cima alla piramide qualcuno che comanda di più, sia esso pure questo mitico popolo.»(260).

176. Cfr. G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, in *Annuario 2004 – A.I.P.D.A.*, Milano, 2005, 15.; inoltre, Id., *Riforme istituzionali e concezioni dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, III, Milano, 1995.

177. Per tale profilo, il riferimento è alla posizione di G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995, 11 ss.; Id., *La Pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, la quale è espressamente richiamata da G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, in *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, 17, nella prospettiva secondo la quale «la si chiama oggi amministrazione di risultato, ma non si dice altro che anche l'amministrazione pubblica è pensata dalla Costituzione come amministrazione e deve essere un'amministrazione *tout court*. La Costituzione ha detto che vi può essere una molteplicità di compiti a cui l'agire amministrativo è finalizzato e una diversità di strumenti di regolazione o di prestazione, ma ci dice anche che, se tale momento amministrativo può esplicarsi mediante forme e strumenti diversi, questi appunto restano degli strumenti non determinanti a identificare nel suo essere proprio l'azione amministrativa (...) come attività caratterizzata dalla sua doverosità nei confronti del vincolo di scopo che la caratterizza». L'A., come evidenziato *infra*, affronta il tema dei diritti sociali nella peculiare prospettiva del primato dell'attuazione da parte della società, negando il rapporto obbligato con i pubblici poteri nel contributo *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, cit., 1081 ss. In tale cornice, è d'obbligo il richiamo alla riflessione di U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, ora in Id., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 116, secondo cui «con la doverosità della funzione amministrativa, intesa (...) come finalizzazione dell'attività a realizzare la tutela o lo sviluppo della persona, è incompatibile ogni percezione delle posizioni del cittadino in termini diversi dal diritto soggettivo»

diarietà in Costituzione, abbia fatto venire meno la riproponibilità delle teorie dello Stato – di derivazione hegeliana – per le quali quest'ultimo disporrebbe dell'intera capacità giuridica di diritto pubblico (con le evidenti conseguenze in tema di posizioni soggettive) e consacrato "l'amministrazione pubblica come una forma oggettivata di esercizio del potere pubblico nell'interesse del cittadino a vedersi assicurato il godimento dei diritti (anche attraverso la rimozione delle condizioni di disuguaglianza) e forma essa stessa dell'esercizio della sovranità popolare"<sup>178</sup>.

Su tale versante, è l'orientamento dell'ordinamento alla garanzia dell'effettivo ed eguale godimento dei diritti, anche sociali, che costituisce (o meglio dovrebbe costituire) il principale limite di fonte costituzionale sia alla funzione legislativa che alla funzione amministrativa.

Per questa via, trova fondamento l'idea che la sovranità del popolo, nella porzione che si esprime nei diritti sociali, stia in rapporto d'incidenza non soltanto rispetto al potere legislativo dello Stato, cui è affidata la determinazione del livello di prestazione che protegge il nucleo inviolabile dei diritti, ma anche – in parallelo e in modo più pregnante – rispetto al potere amministrativo, laddove anch'esso è chiamato a confrontarsi con i principi dell'uguaglianza, della dignità, della solidarietà come beni della vita trasversali, che si riconnettono in via diretta – nel disegno complessivo costituzionale – agli ambiti materiali della salute, del lavoro, dell'assistenza, della previdenza e dell'istruzione, ove emergono viepiù esigenze di promozione della persona e bisogni di protezione sociale.

Infatti, dalla posizione costituzionale dei diritti sociali discende un peculiare ordine di limiti per entrambi i poteri pubblici; ed, inoltre, dalla forma universale di tali diritti, in rapporto di strumentale razionalità con i principi richiamati, derivano i diversi regimi giuridici nei quali, in generale, è tradotta la non disponibilità, negoziabilità e alienabilità, quale sola tecnica normativa idonea a conseguire i fini ed i valori in essi invocati<sup>179</sup>.

---

178. Cfr. L.R. PERFETTI, *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione delle norme*, in *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, cit., 62.

179. Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 150. In tale direzione, l'A. li considera norme e quindi limiti ai poteri pubblici: «consistendo in norme, ove siano stabiliti in costituzioni rigide sopraordinate alla legislazione ordinaria, questi diritti, oltre che indisponibili, operano come limiti e vincoli alla legislazione e più in generale ai poteri politici delle maggioranze che non possono ad essi derogare. Disegnano quella che possiamo chiamare la sfera del non decidibile (che o che non). (...) I diritti sociali, consistendo in aspettative positive cui corrispondono in capo alle pubbliche funzioni obblighi di prestazione in tema per esempio di assistenza sanitaria o di istruzione, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di non fare: come non fornire a taluno l'assistenza sanitaria o l'istruzione elementare.» In tal modo, l'A. collega i diritti alla sovranità del popolo: «i diritti fondamentali, se da un lato equivalgono ad altrettanto limiti o vincoli normativi alla democrazia politica, cioè alla onnipotenza delle maggioranze, dall'altro consistono in frammenti di sovranità in capo a tutti e a ciascuno, e perciò al popolo nella totalità dei suoi componenti.» (152–153)

Sotto il primo profilo, in particolare, si può osservare che tali diritti operano, sul piano giuridico, attraverso la declinazione e la precettività dei principi-valori della dignità, dell'eguaglianza e della solidarietà, che s'impongono – e devono essere considerati – quali oggetti generali, trasversali ed immanenti di tutti i diritti sociali: in tal modo, i diritti sociali, riconosciuti come diritti fondamentali, spezzano e superano il dogma degli sconfinati spazi di decisione e d'azione dell'indirizzo politico-legislativo e delle dinamiche organizzative e gestionali delle pubbliche amministrazioni.

Infatti, dignità, eguaglianza e solidarietà rilevano come presidio d'orientamento, da un lato, per la determinazione legislativa dei livelli essenziali delle prestazioni *ex art. 117 Cost.*; dall'altro, per l'attività gestoria o regolatoria delle amministrazioni, deputate a garantire – direttamente nell'attività riservata o in modo riflesso attraverso la regolazione – il conseguimento dei livelli stabiliti di protezione, ove il livello assunto altro non è che il congegno giuridico “custode” della dignità, dell'eguaglianza e della solidarietà costituzionalmente imposte come essenza inviolabile dell'individuo e delle sue forme di libertà.

Su tali aspetti, occorre anche evidenziare che, vero è che i principi-valori della dignità, dell'eguaglianza e della solidarietà, quali beni della vita protetti dai diritti sociali, costituiscono un primo ordine generale di limiti alle funzioni ma, dall'altro, a quest'ordine di limiti, s'affiancano, altresì, da sempre, anche contro-limiti di ordine particolare e specifico, correlati alla dimensione contingente e mutevole della società, e del rapporto d'influenza tra elementi normativi ed elementi dell'ordine politico, economico, e sociale di riferimento.

La complessità che ne deriva richiede alcune riflessioni.

Muovendo dalla prospettiva d'inquadramento dei diritti sociali come diritti fondamentali, costituzionalmente tutelati, l'edificazione del loro regime giuridico non può disconoscere la distinzione di ordine generale del caso in cui tali diritti abbiano dimensioni immediatamente esigibili<sup>180</sup>, ovvero richiedano l'esistenza di organizzazioni o la prestazioni di servizi<sup>181</sup>.

180. Ad esempio, si tratti di bisogni che non richiedono la puntuale intermediazione legislativa ed amministrativa *tout court* o per l'esaurito compiersi di tali dinamiche di funzioni.

181. È tradizionale, come si è visto, il riferimento ai diritti sociali in materia di sanità ed istruzione quali esempi empirici e paradigmatici sui quali si sono fondate le ricostruzioni teoriche in termini di interessi legittimi, diritti finanziariamente condizionati, aspettative, o interessi di mero fatto, attesa la pregiudizialità dell'intermediazione legislativa, ed amministrativa sotto il profilo attuativo. Con riferimento al diritto alla salute, *ex multis*, v. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; Id., *Prestazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive degli utenti del Servizio sanitario nazionale*, in R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 2009, 197 ss.; Id., *voce Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 530 ss.; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 625 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; M. LUCIANI, *voce Salute, (diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991. Sull'istruzione, *ex multis*, F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008; Id., *Istruzione e differenziazione: la centralità dello studente tra solidarietà intergenerazionale e sviluppo della persona*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F.

Tenendo ferma tale distinzione, s'osserva che, come per il complesso delle misure volte a garantire i diritti di libertà, anche per il complesso delle misure volte a garantire i diritti sociali, la responsabilità ultima potrebbe ritenersi in capo allo Stato o, come affermato, all'arena dei pubblici poteri<sup>182</sup>, quale ente esponenziale della collettività nel suo complesso.

Tuttavia, sotto tale profilo, si ritiene di dovere ulteriormente distinguere.

Da un lato, rileva la questione dell'ampiezza di tale responsabilità dello Stato, che s'identifica nella scelta costituzionale di affidare al legislatore statale la fissazione delle forme concrete di protezione dei diritti sociali, corrispondenti alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117, secondo comma, lett. m) Cost.

Dall'altro, s'impone la definizione dei profili relativi alla scelta degli strumenti necessari per assicurare le prestazioni, su cui incidono sostanzialmente le due descritte tipologie di limiti: invero, nella Costituzione, la scelta eclettica (le cui tracce significative sono segnate dalla commistione tra economia di mercato ed intervento pubblico, fra libertà dell'iniziativa economica privata e fini sociali, fra diritti di libertà e doveri di solidarietà) rimette in gioco, volta per volta, l'analisi comparata dei vantaggi tra intervento pubblico diretto e meccanismi di mercato<sup>183</sup>.

---

MANGANARO, A ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 143 ss.; M. RENNA, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, *ivi*, 92 ss.; F. SAITTA, *Istruzione e formazione professionale*, in G. CORSO, V. LOPILATO, (a cura di) *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*. Parte speciale, II, Milano, 2006, 331 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, 2006; A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003.; A. POGGI, *I livelli essenziali nel settore dell'istruzione*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN, *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, 297 ss.; Id., *Istruzione, formazione, professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale, e autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche*, in *Le regioni*, 2002.

182. Cfr. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601.

183. Cfr. L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, cit., soprattutto paragrafo 3.2 – La responsabilità del Welfare tra pubblico e privato, la cui analisi puntualizza, a titolo esemplificativo, in una dimensione di odierna attualità, il ventaglio delle opzioni possibili, ossia come non si possa ricorrere «ad un meccanismo tipico di mercato, come l'assicurazione privata, per coprire il rischio di disoccupazione, perché le asimmetrie informative sono troppo alte. Oppure lo stesso meccanismo assicurativo può essere utilizzato, come nel caso della previdenza, ma a condizione di inquadrarlo in una disciplina pubblicistica, che ne imponga l'obbligatorietà (per evitare il rischio di selezione avversa) e i modi di corrispondenza fra obbligazione e prestazione e di utilizzo (per evitare il *moral hazard*). Vi sono, invece, casi in cui è possibile rimettere sia la produzione sia l'erogazione del servizio al mercato e il ruolo pubblico consiste nella imposizione di regole che garantiscano la qualità e l'accessibilità del servizio stesso: si tratta di un meccanismo largamente utilizzato anche per i servizi economici e imprenditoriali, con l'imposizione degli obblighi di servizio universale. Il rispetto delle regole può essere garantito, a sua volta, con una pluralità di strumenti, che vanno dal sindacato giurisdizionale all'istituzione di autorità indipendenti, dalla previsione di carte di servizi alla enucleazione di compiti di controllo attribuiti all'amministrazione pubblica e così via.» Per l'A., di converso, affidare la produzione diretta dei servizi ai soggetti pubblici può creare situazioni di monopolio che tengono alti i costi e ostacolano l'in-



La considerazione di tali elementi d'indagine richiede che l'analisi dei diritti sociali, sul versante della ricostruzione del regime giuridico, s'incardini entro i binari costituzionali tracciati dagli artt. 41 e 43 Cost.

Nell'ambito delle letture sul tema complesso dei servizi pubblici, l'indagine si giova della riflessione che ha avuto il merito di ricercare la nozione di pubblico servizio non soltanto negli artt. 41 e 43 Cost. ma, altresì, nella prospettiva della struttura dei diritti costituzionalmente protetti, da cui trarre l'articolazione del regime giuridico fondata sulla distinzione tra attività libera, regolata e riservata<sup>184</sup>, mediante una ricostruzione dei compiti pubblici di servizio ancorata al tema dell'attuazione delle libertà e dei diritti sociali, e ponendo in rilievo il contenuto finalistico delle clausole di "utilità sociale, sicurezza, libertà, e dignità umana", e dei "fini sociali" contenute nell'art. 41 Cost. ed, inoltre, della clausola dei "fini di interesse generale" dell'art. 43 Cost.

Come è stato puntualmente osservato, la considerazione complessiva delle disposizioni costituzionali – orientate al richiamo del valore complesso della socialità – evidenzia un sistema nel quale la libera iniziativa economica privata (I comma, art. 41 Cost.) incontra dei limiti in negativo (sanciti dal II comma dell'art. 41: "Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"), che appaiono sostanzialmente corrispondenti al nucleo direttamente azionabile (*self-executing*) delle libertà e dei diritti sociali, mentre il riferimento espresso ai "fini sociali" riassume le fattispecie di necessario approntamento delle condizioni o delle azioni positive per rendere effettive anche le dimensioni non *self-executing* delle libertà e dei diritti sociali mediante un'attività pubblica di indirizzo, controllo e coordinamento, che può dirigersi indifferentemente per fini sociali nei confronti di attività economiche pubbliche o private<sup>185</sup>.

A fronte della ricorrenza di "fini di utilità generale", è sancita la possibilità di riservare originariamente o trasferire la proprietà di imprese allo Stato,

---

novazione, oltre a privare i destinatari dello strumento di controllo più incisivo che consiste nella libertà di scelta: «si ricorre ai processi di liberalizzazione o, più raramente, a processi di privatizzazione o alla "simulazione" nel settore pubblico delle condizioni che rendono possibile la libertà di scelta, mediante l'accreditamento o l'abilitazione o la parificazione di soggetti erogatori privati, oppure la distribuzione di strumenti per l'acquisto delle prestazioni (buoni, vouchers, titoli di credito). Vi sono, invece, casi in cui i servizi sono resi a costi minori dal settore pubblico: l'esame della spesa sanitaria complessiva (pubblica e privata) in materia di sanità nei principali paesi occidentali ha messo in rilievo come la spesa sia pari allo 6.5% del PIL nei paesi europei che hanno sistemi sanitari pubblici in genere ad accesso universale e allo 13% del PIL negli U.S.A., che hanno un sistema sanitario pubblico ridotto e affidano la copertura sanitaria di larghissima parte della popolazione al meccanismo assicurativo».

184. Il riferimento è alla posizione di L.R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, cit., 153 ss.; Id., *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit.; Id. *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., diffusamente richiamata *infra*, nel capitolo I, paragrafo 2.6., a cui si rinvia.

185. L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., paragrafo 15.



ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti nel rispetto della riserva assoluta di legge, in riferimento, dunque, a quelle attività che il mercato, anche se regolato da misure di coordinamento e d'indirizzo, non è in grado di condurre al fine sociale<sup>186</sup>.

In questi termini, sono poste basi radicalmente differenti rispetto alla tradizione per edificare il regime giuridico dei diritti sociali, nel quale i limiti ed i vincoli di contenuto imposti dai diritti sociali costituzionalmente stabiliti segnano la sfera, lo spazio del decidibile, ove si manifestano i poteri del legislatore nazionale di apprestare l'individuazione più opportuna (in quanto allineata ai bisogni ed ai rischi economico-sociali della società) del livello essenziale di protezione del diritto<sup>187</sup>; dall'altro, non può negarsi che prendono forma i poteri di cognizione e decisione delle amministrazioni, vincolate e responsabili dell'applicazione degli standards normativi d'esercizio dei diritti sociali inseriti nel campo delle attività regolate o riservate.

Muovendo dall'ordine d'indagine stabilito, la definizione fondamentale della struttura dei diritti sociali così intesa è adesso da confrontare con il primo elemento da considerare, ossia con la codificazione dei diritti sociali nella Costituzione, quale approdo di un intenso dibattito teorico, ed anche schiettamente politico, che ha scelto e codificato quella trama (come si dirà, solo apparentemente variegata) dei diritti sociali e della loro precettività da cui originano le diverse interpretazioni, cui seguirà il confronto con gli elementi emergenti dall'analisi della giurisprudenza Costituzionale, delle tendenze della legislazione ordinaria, ed infine dell'evoluzione del ruolo del giudice amministrativo nel campo dei diritti sociali.

---

186. Cfr. L. R. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti*, cit., 171, ove si evidenzia la distinzione tra fini sociali come esponenziali di un interesse correlato ad un segmento della società, a differenza dei fini di utilità generale, che è tale solo se tutti gli interessi concorrono in modo coincidente alla conclusione della riserva o trasferimento.

187. Nel dibattito, su tale profilo, deve rilevarsi l'orientamento che – in relazione al tema dell'elaborazione della risposta normativa e dei limiti che incontra il legislatore – richiama la regola della natura delle cose, in relazione al superamento del dogma dell'onnipotenza del legislatore, quale locuzione che consente l'inserimento di valutazioni e letture di tipo economico e sociale, accanto agli elementi normativi ed alle verifiche di tipo giuridico, che conduce all'effetto riflesso della perdita di frammenti di sovranità da parte del legislatore. In particolare, il riferimento è a A. SANDULLI, *Natura delle cose, principi generali di azione, limiti del legislatore*, in *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, cit., 23-35.

## CAPITOLO II

### *I diritti sociali nella Costituzione, nella legislazione, nella giurisdizione*

SOMMARIO: § 1. I diritti sociali come posizioni soggettive nel dibattito in seno all'Assemblea Costituente. Sui dubbi teorici e sulla necessità d'inquadramento dei diritti sociali rispetto la centralità dell'individuo. Osservazioni sulla formulazione di tali diritti nella Costituzione italiana – § 2. Il ruolo “stabilizzatore” della Corte costituzionale sui diritti sociali. L'ultima fase: sul riparto della competenza legislativa tra Stato e regioni e sui contenuti dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali – § 3. Lo sviluppo dei diritti sociali entro le strettoie dello Stato sociale. La complessità degli attuali fattori di cambiamento nella riflessione contemporanea. La questione del federalismo *versus* uguaglianza – § 4. La tutela dei diritti sociali tra giudice ordinario e giudice amministrativo. L'avvento del primato del giudice amministrativo e l'applicazione diretta della Costituzione e dei diritti sociali.

#### **1. I diritti sociali come posizioni soggettive nel dibattito in seno all'Assemblea Costituente. Sui dubbi teorici e sulla necessità d'inquadramento dei diritti sociali rispetto la centralità dell'individuo. Osservazioni sulla formulazione di tali diritti nella Costituzione italiana**

Rileggendo a distanza di oltre mezzo secolo le pagine dell'epoca in cui, prima, la Commissione “Forti”, dopo, l'Assemblea costituente, hanno forgiato, le enunciazioni dei fini, dei valori supremi e dei principi che concorrono ad imprimere all'ordinamento il suo contenuto tipico, il tema di ricerca che s'affronta fornisce un motivo d'indagine che sofferma l'attenzione del giurista su quegli anni, su quel dibattito fondamentale, e su quelle memorie e non per mero interesse d'analisi storica.

Invero, dalla tensione e dalle opposte ideologie politiche e teoriche giuridiche affiorano alcuni elementi significativi nella scrittura dei diritti sociali, la quale, come autorevolmente rilevato, è rimasta priva di una clausola generale sullo Stato sociale, pur essendo ricca di disposizioni che toccano la materia<sup>1</sup>.

In tal senso, la riflessione sulla dimensione costituzionale, nella sua fase genetica, appare essenziale, nel rivelare, da un lato, l'idea di fondo che i diritti

---

1. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 755.

sociali concorrono alla struttura fondamentale della persona e, dall'altro, la contestuale difficoltà di superare precisi elementi di fragilità e di debolezza nella traduzione giuridica che il dibattito in seno all'Assemblea costituente non ha risolto compiutamente, ma inverato nella edificazione frammentaria dei diritti sociali, e gli orientamenti della dottrina hanno, in parte, amplificato.

Su tali premesse, accostarsi alla Costituzione significa, vieppiù, interrogarsi sul modello di società prefigurata, soprattutto sul versante dei diritti e dei beni protetti, nella considerazione che le trasformazioni costituzionali muovono sempre da una trasformazione dell'idea dei diritti e della loro funzione e, di conseguenza, si ha un diverso tipo di organizzazione del potere pubblico, ed un regime delle fonti che rispecchia quel tipo di organizzazione ed il suo rapporto con la società e con i suoi diritti<sup>2</sup>.

Pur non essendo possibile soffermarsi – in questa sede – sugli amplissimi contenuti del dibattito e sulle formulazioni del testo (sia in rapporto alle proposte iniziali, che in relazione alle versioni definitive delle disposizioni costituzionali) non può omettersi il rilievo di come emerga con forza la concezione che lega unitariamente il primato della persona e dei suoi diritti, in una visione dei rapporti tra persona e società, e tra persona e ordinamento giuridico fondati, appunto, sul primato della persona<sup>3</sup>.

Da un lato, vi è un elemento di partenza.

Come è stato osservato, i cittadini italiani hanno una “costituzione sincera”, se il legislatore costituente nel II° comma dell'art. 3 ha chiaramente voluto indicare che il modello di società in cui viveva rappresentava un ostacolo al modello da instaurare: è sincera perché, subito dopo avere proclamato che tutti i cittadini sono liberi ed uguali di fronte alla legge, non esita ad esibire di se stessa un'immagine apertamente dissociata, ammettendo che la società è fondata sulla disuguaglianza di fatto, causata da ostacoli di ordini economico e sociale da rimuovere<sup>4</sup>.

Dall'altro, tuttavia, l'analisi sviluppata ha mostrato i segni di una realtà storica, oltre che di un'esperienza giuridica, che restituisce una prevalenza delle linee interpretative della Carta costituzionale che hanno attenuato la portata dirompente e di cambiamento dei diritti sociali, e codificato una tipizzazione non unitaria della categoria, che non accoglie espressamente lo schema del

2. Cfr. G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 357 ss.

3. Cfr. E. ROSSI, Art. 2 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), cit., 40 e 43.

4. Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il principio d'uguaglianza sostanziale. Art. 3, comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1975, 162-163, secondo cui il capoverso dell'articolo prende in considerazione due modelli contrapposti di struttura socio-economica e socio-istituzionale, l'uno per rifiutarlo, l'altro per instaurarlo. In particolare, il modello di società rifiutata è quello della democrazia formale, ovvero della democrazia senza demos, mentre il modello di società prefigurata è quello della democrazia reale, ovvero dell'autogoverno del popolo a cui “appartiene” la sovranità (art. 1, comma 2, Cost.)

diritto soggettivo, anche se tale opzione definitoria riecheggia ripetutamente in seno al dibattito.

In termini generali, le tensioni dogmatiche e ideologiche sulle dinamiche, anche future, dei diritti sociali (nei rapporti con lo Stato ed i suoi tre poteri fondamentali), e la possibilità del rinvio al legislatore del compito di fissarne progressivamente i contenuti in aderenza all'evoluzione del sistema politico-istituzionale ed economico-sociale, costituiscono la sottotraccia delle questioni generali discusse sul progetto di costituzione: la collocazione sistematica delle enunciazioni sui diritti sociali; la natura programmatica o meno di tali disposizioni; l'identificazione di quali oggetti di tutela dovessero essere ricompresi nel loro ambito, e con quale compiutezza di disciplina se ne doveva sancire il valore costituzionale, in rapporto all'attuazione stabilita dalle fonti inferiori<sup>5</sup>.

Il tema della costituzionalizzazione dei diritti sociali emerge – in modo assai articolato – già nel corso dei lavori della “Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato”, conosciuta come Commissione Forti (dal nome del suo presidente, ed istituita nell'autunno del 1945 dal Ministro per la Costituente, Pietro Nenni, cui era stato affidato il compito di elaborare una relazione organica quale supporto per i lavori dell'Assemblea Costituente)<sup>6</sup>.

La relazione preliminare affidata a M.S. Giannini (e discussa nelle sedute del 15 e 17 giugno 1946) supera, nell'impianto espositivo, la contrapposizione storica tra diritti di libertà e diritti sociali e, dunque l'artificialità ascritta ai secondi, ricondotti al patrimonio individuale di ciascuno e del diritto ad essere protetto contro i fatti sociali che perturbano il libero svolgimento o impediscono lo sviluppo della personalità.

Inoltre, pur relativizzando la costituzionalizzazione dei diritti sociali<sup>7</sup>, e

5. Per la ricostruzione storica dei contenuti dei lavori preparatori, e con una riflessione giuridica concentrata sul versante dei diritti sociali, si veda, *ex multis*, B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 95-137.

6. In particolare, il tema dei diritti sociali venne assegnato alla Prima Sottocommissione (Problemi costituzionali), con la denominazione di “Diritti dei cittadini in riferimento all'epoca moderna e all'assetto sociale attuale”. Per un approfondimento dei contenuti dei lavori, cfr. G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, 1979; inoltre P. CALAMANDREI, A. LEVI, G. BARBERA (a cura di), *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1949, I.

7. La qualificazione dei diritti sociali viene definita “incongrua”, ed in ciò si mantiene salda l'idea che l'etichetta dello “Stato sociale” sia inutile (Id., *Stato sociale: una nozione inutile*, cit., 158 ss.) se la storia mostra come essa sia apparsa per la prima volta «nelle sottoculture partitiche degli anni '30, e precisamente nelle sottoculture del partito fascista in Italia e del nazionalsocialista in Germania», per cui s'afferma «che altro è avere, in diritto positivo, taluni istituti importanti, altro è che essi abbiano rilievo caratterizzante del sistema positivo». Sul pensiero dell'A., si veda anche G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 1073 ss. Più recentemente, C. PINELLI, nel suo contributo “Social Card” o del ritorno alla carità dello Stato, cit., 1177 ss., ritorna sull'ambiguità strutturale della nozione e della denuncia gianniniana, anche mediante il riferimento alla posizione di L. CARLISSARE (*La Dichiarazione dei diritti del 1789 e il suo valore attuale*, nel volume a sua cura *Principi dell'89 e Costituzione democratica*, Padova, 1991, 29 ss.) che indica gli antidoti al paternali-

riconoscendo, in linea astratta, differenti linee di costruzione della categoria (l'uguaglianza sostanziale, la solidarietà...), valorizza, infine, la connessione con il principio di uguaglianza sostanziale, che implica anche l'uguaglianza sociale<sup>8</sup>; e delinea l'articolazione strutturale dei diritti sociali rispetto quattro distinti oggetti di tutela quali la persona umana, la famiglia, il lavoro e la proprietà.

Si deve osservare che l'elaborazione del nucleo relativo alla persona umana è quello di maggiore spessore e, in tal modo, sembra evidenziarsi la tendenza ad un accostamento della categoria ai diritti fondamentali della persona<sup>9</sup>.

Sotto il profilo della tutela dei diritti sociali, essa è essenzialmente identificata nel controllo di costituzionalità delle leggi di attuazione.

Nella discussione, le posizioni scettiche (di Severi, Morelli, Rizzo) trovano eco anche nella critica (di Astuti, nella relazione sui diritti di libertà ove è presente il richiamo critico ai cd. diritti sociali)<sup>10</sup>, che inquadra i diritti sociali come principi programmatici di orientamento per la legislazione e la concreta azione di governo in campo educativo, sociale ed economico, nella prospettiva secondo la quale essi non vanno intesi in senso tecnico come diritti costituzionali.

L'idea di fondo è che le formulazioni giuridiche delle posizioni individuali debbano essere connotate dalla maggiore concretezza possibile che, nel campo delle rivendicazioni sociali, si ridurrebbe alla determinazione delle mete future cui lo Stato deve tendere, in un'evoluzione progressiva condizionata dalle contingenti situazioni di fatto.

Diversa, è notoriamente la posizione di Mortati, il quale (nella relazione preliminare "Sulle dichiarazioni dei diritti. Considerazioni generali")<sup>11</sup> si mostra estremamente avvertito dei tre modelli (considerati alternativi) di sviluppo dei principi fondamentali mediante la legislazione, la giurisdizione e l'amministrazione ma, in tale riflessione, rimane centrale il valore giuridico di forte impatto anche dell'inserimento delle norme programmatiche di principio sui diritti sociali, nelle quali la necessaria e successiva mediazione legislativa non è ritenuta idonea a depotenziare la giuridicità acquisita dal principio, per il solo

---

simo, ovvero alla fisionomia autoritaria che lo Stato sociale tende ad assumere, in «tutti i meccanismi di controllo democratico, partecipazione, ricambio politico, garanzia (anche ma non solo giurisdizionale) atteso che «nessun risultato si consegue senza la vigilanza del popolo; il popolo sovrano e pur tanto assente, la cui attiva partecipazione ha per condizione essenziale un'educazione adeguata a creare in esso la coscienza di essere il titolare del potere al cui servizio sta l'Apparato statale»(45). Sul saggio dell'Autrice, Pinelli ferma icasticamente una lucida riflessione conclusiva di vivida attualità (1191): «Il saggio comparve quasi vent'anni fa, e non saprei dire se sia più attuale per la diffidenza verso la formula dello Stato sociale o per la consapevolezza dell' " assenza" del popolo. Del resto, sono questioni estremamente intrecciate. Perché meno è diffusa una nozione di diritti di cittadinanza, più facile diventa la passiva acquiescenza a benefici concessi dall'alto, e con essa una torsione paternalistica del pubblico potere; al resto penseranno le quotidiane manipolazioni mediatiche, di cui Bismarck non disponeva. A più forte ragione non si deve tacere.»

8. Cfr. G. D'ALESSIO, *Alle origini*, cit., 240.

9. Sul punto, si veda B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 102-106.

10. Cfr. G. D'ALESSIO, *op. ult. cit.*, 257.

11. Cfr. G. D'ALESSIO, *op. ult. cit.*, 244.

fatto dell'inserimento in costituzione in funzione interpretativa ed integratrice dell'ordinamento normativo.

Per il giurista, la questione fondamentale è anche quella di valutare se vi siano casi/diritti da sottrarre alla disponibilità del legislatore, prefissandoli direttamente nelle disposizioni costituzionali.

La ricchezza del dibattito non conduce, tuttavia, a formulazioni corrispondenti, e i lavori approdano a formule più sintetiche e generiche, rispetto la costituzionalizzazione proposta dall'ampia relazione di Giannini, tra cui «Lo Stato ha il compito di assicurare a tutti i cittadini il minimo necessario all'esistenza per ciò che concerne gli alimenti, gli indumenti, l'abitazione, l'assistenza sanitaria. In particolare, si dovrà provvedere all'esistenza di chi sia disoccupato senza sua colpa o incapace al lavoro perché invalido»<sup>12</sup>; «lo Stato deve predisporre i mezzi per assicurare il compimento degli studi anche superiori ai giovani non abbienti forniti di particolari attitudini»<sup>13</sup>.

Nella successiva fase, inaugurata dall'elezione dell'Assemblea costituente, il dibattito teorico è ridimensionato fortemente dalla natura politica della sede<sup>14</sup> e dalla necessità del compromesso<sup>15</sup>.

12. Cfr. G. D'ALESSIO, *op. ult. cit.*, 688.

13. Cfr. G. D'ALESSIO, *op. ult. cit.*, 691.

14. Sul punto, come noto, l'analisi di A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 13-14, evidenzia che, dal riscontro dei lavori preparatori, l'unica forza politica portatrice di una concezione generale dei diritti sociali fosse quella cattolica-popolare e come questa concezione, rispetto visioni più parziali, divenne la posizione maggioritaria in seno all'Assemblea Costituente: «Al cospetto di un Calamandrei, preoccupato soprattutto di porre in luce le potenzialità garantiste, cioè negative, dei diritti sociali, come limiti, pari ordinati alle libertà civili e politiche, nei confronti del legislatore, e al cospetto dei social-comunisti, per i quali i diritti sociali erano essenzialmente "organi" di una promessa di cambiamento sociale o anticipazioni di un regime diverso, ritenuto più in armonia con il vagheggiato "uomo totale" secondo la teoria della c.d. democrazia progressista), la "filosofia positiva" dei cattolici popolari appariva come una proposta concreta di riarticolazione della struttura costituzionale, in virtù della quale, accanto ai diritti dell'individuo e a quelli (poteri) dello Stato, dovevano riconoscersi i diritti delle formazioni sociali necessarie per la formazione e il libero sviluppo della persona umana (famiglia, scuola, lavoro, Chiesa) (...) a differenza di tutte le altre costituzioni europee ad essa coeve, la Costituzione italiana *contiene* (ns. corsivo) nel suo stesso testo una classificazione dei diritti sociali sotto il profilo tematico che, in armonia con il significato assegnato a tali diritti li ordina in dipendenza della loro inerenza alle particolari formazioni cui si riferiscono.». Sull'argomento, si veda G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 757, nell'ambito della visione generale che nega la possibilità di convertire le entità soggettive riferite ai diritti sociali (beni, fini, compiti, ed istituti) in situazioni soggettive, e soprattutto in diritti soggettivi, e le perplessità teoriche di potere riunificare sotto tale etichetta le previsioni del titolo II e del titolo III della Costituzione, rileva – come, in parte, già evidenziato *infra* – che «occorre considerare, infatti, che i c.d. diritti sociali nascono, si affermano e si generalizzano nel corso di una stessa vicenda storico-politica, che coincide con una rilevante trasformazione dello stato liberale; e che, nel contesto della Costituzione, le disposizioni degli artt. 29 ss. derivano da un ceppo unico del quale rappresentano ramificazioni. Ci si riferisce all'art. 3, comma 2, Cost. che affida alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale (c.d. principio di eguaglianza sostanziale): compito che è simmetrico, sul versante delle istituzioni, a "quei doveri di solidarietà politica, economica e sociale" che connotano la posizione dell'uomo come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2).»

15. Si sofferma sulle due culture dei costituenti, A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in *Commen-*

Pur nella impossibilità di richiamare compiutamente le posizioni espresse in quella sede<sup>16</sup>, si propone di richiamarne alcuni passaggi sul modo di pensare ai diritti sociali nella svolta della loro costituzionalizzazione, allo scopo di mostrare i nodi tematici di maggiore rilievo e i percorsi d'approdo all'attuale definizione costituzionale, quali elementi conformi rispetto alla definizione fondativa che s'intende affermare.

Innanzitutto, il riferimento preliminare è alla peculiare posizione di Calamandrei, ed alla proposta di dare collocazione separata ai diritti sociali nell'ambito di un preambolo della Costituzione, in ragione della loro non immediata precettività ed applicazione<sup>17</sup>.

Si tratta, come noto, di un'opzione non condivisa (Togliatti e Fanfani) laddove si evidenzia, con accenti diversi, che – pur trattandosi di diritti che non hanno raggiunto pieno consolidamento giuridico – non si tratta di costituzionalizzare speranze, ma di fissare nell'ordinamento, mediante le norme costituzionali, un avviamento verso la creazione di un nuovo ordine sociale. Su queste basi, è affermata, pertanto, la necessità di una collocazione dei diritti sociali che non sia marginale nel testo della Costituzione.

Su tale linea, si colloca, nel corso del dibattito in tema di assistenza, la posizione (di Basso) che denota la necessità di superare ogni concezione caritatevole dell'assistenza, nell'affermare invece un vero e proprio diritto soggettivo all'esistenza “in forza del quale lo Stato garantisce, a chi non è in condizioni di poter lavorare, la possibilità di vivere”.

Su tale profilo, emerge una comunanza di idee nella visione (di Moro e Dossetti) che propone una formulazione “lunga” del c.d. diritto all'esistenza: «Il cittadino, il quale, per qualsiasi ragione e senza sua colpa, si trovi nell'im-

---

*tario alla Costituzione. Principi fondamentali*, G. BRANCA (a cura di), *cit.*, 51, nella parte in cui indaga il confronto tra le posizioni cattoliche, caratterizzate da una carica fortemente ideologica, e le posizioni della sinistra socialista e comunista, preoccupate di pervenire a conclusioni politicamente e socialmente corrette. Per l'A., il terreno di scontro sulla diversa concezione della costituzione e del diritto che in essa si consolida, avvera la diversità degli obiettivi politici, atteso, che per le sinistre, appariva necessario evitare che in nome dei diritti dell'individuo si introducessero ostacoli e condizionamenti al programma di rinnovamento economico-sociale che il legislatore avrebbe dovuto progressivamente realizzare; mentre per la parte cattolica appariva necessario pervenire al riconoscimento di una serie di diritti, tra cui i diritti sociali, che non compromettessero l'autonomia della persona nei confronti del potere pubblico.

16. Come ricorda B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, *cit.*, 117, la Commissione dei 75 si riunì per 362 sedute, tra riunioni plenarie, sottocommissioni e comitati.

17. Cfr. Atti Assemblea Costituente, VI, 37 ss., in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, 1971. È noto, che in via temporanea, Calamandrei muta posizione nel dibattito intermedio e ripropone un ordine del giorno la necessità di un preambolo in cui collocare le norme programmatiche che non siano in grado di configurare garanzie perfette per i diritti, ma formula un'eccezione per «quelle esigenze individuali e collettive, nel campo economico e sociale, che anche se non raggiungono oggi la maturità di diritti perfetti ed attuali, si prestano, per la loro concretezza, a diventare diritti sanzionati con leggi, impegnando in tal senso il legislatore futuro» (cfr. Atti A. C., vol. VI, 66).



possibilità di ricavare i mezzi di vita dal suo lavoro, ha diritto di ricevere dalla collettività prestazioni sufficienti per assicurare l'esistenza di lui e della sua famiglia. Tali prestazioni debbono essere aumentate in proporzione al lavoro ed al contributo sociale da lui prestato in precedenza. La legge regola le modalità relative alla completa attuazione del diritto all'esistenza sancito dalla presente costituzione.»<sup>18</sup>

Un contributo significativo – che ha influenzato in modo rilevante il dibattito sui diritti sociali – è segnato dalla formulazione finale di sintesi del principio personalista, del pluralismo sociale e di solidarietà nell'art. 2<sup>19</sup>, e dall'inserimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'art. 3, comma 2 Cost.<sup>20</sup>, a cui la dottrina maggioritaria fa riferimento, come già rilevato, nell'identificarne gli elementi fondativi<sup>21</sup>.

L'importanza delle disposizioni contenute nell'art. 2 Cost. trovano corrispondenza nell'ampio dibattito e nelle diverse versioni proposte.

Quella iniziale (di La Pira) introduce la stretta connessione tra personalismo e pluralismo, nell'idea che il sistema integrale dei diritti della persona esiga, per essere davvero integrale, che vengano riconosciuti anche i diritti delle comunità naturali, attraverso le quali – gradualmente – si svolge la personalità umana, e i diritti individuali debbano perciò essere integrati con quelli della famiglia, della comunità professionale, religiosa, locale.

18. Atti A.C., vol VI, 514.

19. In dottrina, *ex multis*, cfr. E. ROSSI, *Art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *cit.*, il quale evidenzia che la centralità dei diritti inviolabili dell'uomo è precedenza o anteriorità di tali diritti rispetto l'ordinamento giuridico, e l'esame della disposizione con quelle immediatamente e successive (artt. 1 e 3), manifesta la stretta connessione del primato dei diritti della persona con l'assetto politico-democratico, come delineato dall'art. 1, e con l'impegno assunto dalla Repubblica a rendere effettivo il principio d'uguaglianza, per giungere all'affermazione secondo cui i diritti sono «garantibili e realizzabili soltanto attraverso un assetto politico-istituzionale capace di tradurre il riconoscimento astratto in concrete azioni e politiche, primariamente rivolte alla realizzazione del pieno sviluppo della persona umana mediante un complessivo disegno di "liberazione"»(44).

20. Sul punto, l'analisi storica di A. GIORGIS, *Art. 3, comma 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *cit.*, 91, rileva che, nonostante il carattere fortemente innovativo dell'introduzione del principio di uguaglianza sostanziale, la lettura degli atti assembleari non consente di cogliere i motivi di un dibattito asciutto e sintetico, articolato essenzialmente su tre posizioni. Quella espressa dagli esponenti liberali (in particolare da Lucifero, Mastrojanni, Cevolotto e Lombardi) contrari all'inserimento in Costituzione di un qualche principio di uguaglianza o di giustizia sostanziale, nell'idea che la garanzia della libertà individuale passasse attraverso alcun incremento eccessivo dei poteri dello Stato di intervento nella società ed attraverso la negazione in costituzione di alcun tipo di pretesa soggettiva a prestazioni (pubbliche) positive. Quella fortemente espressa da Calamandrei, come detto, di contrarietà all'inserimento di disposizioni di carattere programmatico, ovvero di disposizioni rivolte al legislatore futuro, considerate non quali vere e proprie norme giuridiche, ma enunciazioni capaci di ingenerare nei cittadini speranze illusorie. Infine, quella espressa dagli esponenti della democrazia cristiana, del partito comunista, e del partito socialista, in favore dell'inserimento del principio nei primi articoli della Costituzione.

21. Su tali contenuti del dibattito, cfr. § 2.1, 2.2, e 2.6 del cap. I.

La proposta appare assai articolata: «Nello Stato italiano, che riconosce la natura spirituale, libera, sociale dell'uomo, scopo della Costituzione è la tutela dei diritti originari e imprescrittibili della persona umana e delle comunità naturali nelle quali essa organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona.»<sup>22</sup>

In Sottocommissione, il testo, frutto dell'accordo (tra La Pira e Basso) viene – con maggiore enfasi – consolidato: «La presente Costituzione, al fine di assicurare l'autonomia e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, in cui le persone debbono completarsi a vicenda, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell'uomo, sia come singolo sia come appartenente alle forme sociali nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona.»<sup>23</sup>

In sede di Comitato di redazione, il testo approvato in Sottocommissione subisce la sostituzione del termine “riconosce” con quello di “garantisce”; il riferimento ai “diritti essenziali” anziché ai “diritti inalienabili e sacri”; l'eliminazione dell'espressione “forme sociali, nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona” con quella di “le formazioni sociali ove si svolge la loro personalità”; e il legame del valore della solidarietà alla previsione di doveri anziché la generica promozione della solidarietà sociale, economica e spirituale.

In Assemblea, (mediante l'intervento di Moro) si coglie il riferimento alla dignità, all'autonomia ed alla libertà, da un lato, ed alle formazioni sociali, dall'altro, quale passaggio necessario per definire “il volto del nuovo Stato” che «non è pienamente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona umana, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità»<sup>24</sup>.

Il successivo emendamento approvato, proposto dagli esponenti dei due maggiori partiti (Amendola e Fanfani) determina la coincidenza con l'attuale formulazione, dalla quale, come noto, è scaturito un dibattito mai sopito sul significato dell'inviolabilità e sull'estensione di tali diritti, sul concetto di “uomo” e di “formazioni sociali”, e sull'identificazione dei doveri inderogabili<sup>25</sup>.

22. Cfr. Atti A. C., VI, 316 ss. per la relazione di La Pira presentata all'interno del Progetto dei Principi relativi ai rapporti civili alla I Sottocommissione, e l'intervento contrario di Mastrojanni che pur condividendo il riconoscimento dei diritti dell'individuo e dei diritti sociali, rimase contrario al riconoscimento di quelle che sarebbe state definite quali formazioni sociali.

23. Cfr. Atti A. C., VI, 337.

24. Cfr. Atti A.C., I, 372.

25. Sul dibattito in dottrina e sugli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, *ex multis*, si veda P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., soprattutto cap. V, 171–236; meno recente, ma autorevole e lucida la riflessione di P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili della Costituzione italiana*, Padova, 1972, richiamata da E. ROSSI, Art. 2, *Commentario alla costituzione*, cit., 45, laddove rileva che «se la irridedi-

In ordine all'attuale art. 3 Cost., la prima formulazione (curata dal Relatore Basso) riannodava il ruolo dello Stato e della società civile per la rimozione degli ostacoli alla libertà ed all'uguaglianza di fatto: «È compito della società e dello Stato eliminare gli ostacoli di ordine economico–sociale che, limitando la libertà e l'uguaglianza di fatto degli individui, impediscono il raggiungimento della piena dignità della persona umana ed il completo sviluppo fisico, economico, e spirituale di essa.»<sup>26</sup>

A distanza di anni, Giannini, che aveva collaborato con Basso alla stesura dell'articolo, ebbe modo di ricordarne<sup>27</sup> l'elaborazione doppia, contraddistinta da una versione moderata, e da una seconda “più spinta” che «diceva all'incirca che la Repubblica si impegnava ad offrire a tutti i suoi cittadini uguali posizioni economiche e sociali di partenza, rimuovendo ostacoli e privilegi oppressivi della personalità. La prima era, più o meno, l'attuale. Scartammo la seconda, più che per l'incertezza dell'approvazione, perché ci sembrava troppo teorica e giuridicamente ambigua. Della prima discutemmo a lungo il testo. Poi, Basso, alla fine decise di presentarla, contando soprattutto sull'appoggio di Dossetti e del suo gruppo, che infatti vi fu».

L'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, è un aggiunto frutto di identici emendamenti presentati da democratici e comunisti<sup>28</sup>.

Su tale intelaiatura di principi e spinte ideologiche, si è sviluppato il dibattito sulla formulazione dei diritti e doveri dei cittadini, poi inseriti nella Parte I della Costituzione, e distinti in tre titoli (rapporti civili, rapporti etico–sociali, e rapporti economici, dall'art. 13 all'art. 47 Cost.), da cui la dottrina ha tratto gli spunti letterali per costruire i variegati cataloghi (chiusi ovvero aperti) dei diritti sociali.

Come noto, il progetto provvisorio di Costituzione esitato dalla Commissione dei 75 venne presentato all'Assemblea il 31 gennaio 1947, ac-

---

lità è contenuto essenziale (con i limiti indicati) della nozione di inviolabilità, esso – al pari di altri, quali l'assolutezza, l'originarietà, l'indisponibilità, l'inalienabilità, l'intrasmissibilità, l'irrinunciabilità, e l'imprescrittibilità – rappresenta la dimensione che potremmo definire giuridica in senso stretto, nel senso di collegare a detto contenuto una conseguenza certa ed immediata: ma tali significati non esauriscono la portata della nozione di inviolabilità, perché essa sta ad indicare una qualità della democrazia e dell'assetto della forma di Stato che, benché priva di conseguenze immediate sul piano giuridico, indica tuttavia un riferimento di senso e di valore potenzialmente foriero anche di conseguenze giuridiche non direttamente individuabili. Mi pare che si collochi in tale prospettiva la conclusione di chi, contestando l'idea che la disposizione in esame intenda irrigidire la normativa costituzionale sui diritti inviolabili, sostiene invece che scopo della disposizione è quello bensì di irrigidire soltanto il principio (..) della loro simultaneità e complessiva presenza in Costituzione, proprio perché già da questa (..) deriva come risultante una determinata strutturazione del fondamentale rapporto dialettico tra autorità e libertà»(159).

26. Cfr. Atti A. C., VI, 337-342.

27. L'analisi di A. GIORGIS, *Art. 3, comma 2, cit.*, 92, ha il merito di richiamare l'intervista di M.S. GIANNINI, *Costituzione e Stato pluriclasse*, a cura di Corradini, in *Prassi e teoria*, 1980, 275 ss.

28. Cfr. Atti A. C., I, 601-602.

compagnato da una relazione del presidente Ruini, che motivava la parte dedicata alla materia sociale, nell'ottica che le questioni sottese avessero più valore politico-sociale che giuridico, atteso che il progetto discusso e stabilito esprimeva e dava voce ai bisogni della persona umana ed alle rivendicazioni di giustizia sociale, e «trascende(va) il mero tecnicismo delle norme»<sup>29</sup>.

Sebbene il dibattito sia stato intenso, ricco e articolato, l'impressione che si ricava dalla lettura degli atti dell'Assemblea costituente – in questa sede, sommariamente e solo in parte richiamati – è di una visione stemperata, nella quale soprattutto i diritti sociali siano stati rimandati ad un tempo avvenire con la formula della rivoluzione promessa<sup>30</sup> di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost.

Come noto, sulle matrici dell'espulsione, non espressamente sancita, ma strisciante, dei diritti sociali dal novero dei diritti inviolabili, si è osservato il rilievo di quella comune cultura giuridica liberale frenante e deviante, espressa attraverso l'assimilazione del costituzionalismo francese (per il tramite soprattutto di Orlando) e dell'abbacinante fiducia nella legge quale strumento principe di garanzia delle libertà; e del costituzionalismo tedesco (per il tramite soprattutto di Ranelletti) e di quella ingenua fiducia nell'impalcatura dei diritti pubblici subiettivi, quale sicuro e robusto argine nei confronti del potere statale<sup>31</sup>.

Sul versante concreto dell'individuazione dei diritti, le formulazioni temperate, ma abbondanti nel testo costituzionale (sulla salute, il lavoro, l'istruzione, l'assistenza e la previdenza) hanno preso il posto di (auspicabili) definizioni più avanzate, che sarebbero state corrispondenti al principio del primato della persona ed alle basi dell'ordinamento definite dai costituenti, “ed evitando ai giuristi l'ingrato compito di dovere rispondere al cittadino fiducioso che vuole garantite le proprie libertà, varie e non sempre tipizzabili, che, ahimè, non sussistono i relativi diritti”<sup>32</sup>.

29. Cfr. Atti A. C., I, LXXVI.

30. «Questo progetto di Costituzione non è l'epilogo di una rivoluzione già fatta, ma il preludio, l'introduzione, l'annuncio di una rivoluzione, nello senso giuridico e legalitario, ancora da fare». In questi termini, P. CALAMANDREI, Atti A. C., cit., vol. I, 149 ss., seduta del 4 marzo 1947.

31. Cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 61, il quale aderisce alla lettura maggioritaria, affermando che – da tale impostazione – deriva un errore di prospettiva che alimenta le delusioni di chi va scorrendo che le strutture giuridiche costituzionali non sempre riescono a tenere il passo rispetto ai problemi di libertà e diritti, nel senso peculiare che la dottrina delle libertà come diritti pubblici subiettivi non poteva che limitarsi a rinvenire nello Stato l'altro termine del rapporto intersoggettivo, e non poteva non preoccuparsi altresì di dare ai diritti di libertà strutture dogmatiche, specialmente in ordine all'oggetto, al contenuto, ai poteri, e alle facoltà, analoghe al modello paradigmatico del diritto di proprietà, inteso, e a ragione, come l'espressione massima dei diritti soggettivi, se non addirittura come schema generale dello stesso diritto.

32. Ancora cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, cit. 64.

## 2. Il ruolo “stabilizzatore” della Corte costituzionale sui diritti sociali. L’ultima fase: sul riparto della competenza legislativa tra Stato e regioni e sui contenuti dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali

Il rango costituzionale dei diritti sociali ha assunto ampio svolgimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale che, attraverso il ricorso ad una pluralità di strumenti decisorio, è intervenuta, principalmente nella fase iniziale, sulla definizione dei diritti sociali come dimensioni di sviluppo della persona e dei principi d’uguaglianza sostanziale e di pari dignità ed, inoltre, a seguito della riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, sulle questioni di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti anche i diritti sociali<sup>33</sup>.

In particolare, sull’evoluzione delle tecniche decisorie e sulle questioni connesse al sindacato di legittimità costituzionale, alcune osservazioni appaiono indispensabili.

Innanzitutto, va rilevato che, rispetto alle (possibili) violazioni dei diritti sociali costituzionali, nel tempo, il ricorso della Corte all’impiego del dispositivo additivo (di prestazione o di principio)<sup>34</sup>, da un lato, ha manifestato ed interpretato la tensione verso l’esigenza di fornire una tutela al diritto sociale garantito dalla Costituzione. Dall’altro, anche mediante il riferimento ai principi di cui all’art. 2 ed all’art. 3, comma 2 Cost., ha segnato – talvolta – l’ampliamento del significato delle disposizioni costituzionali sui diritti sociali, conferendo a nuovi bisogni ed a nuove istanze (di prevalente natura sociale), considerate fino ad allora espressione di interessi generali o diffusi, lo status di diritti fondamentali<sup>35</sup>.

33. In dottrina, si veda, *ex multis*, anche per i riferimenti bibliografici, E. BALBONI, *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di uguaglianza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 296 ss.; G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLE MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, e soprattutto – *ivi* – il contributo di C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, 57 ss.; Id. *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3371 ss.; S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, cit.; A. BALDASSARE, voce *Diritti sociali*, cit., 31 ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, cit., 87 ss.; In particolare, sul ruolo della Corte costituzionale a seguito della riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, si veda inoltre, A. ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 155 ss.

34. Cfr. A. GIORGIS, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all’uguaglianza distributiva*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, cit., che richiama, a titolo esemplificativo, tra le sentenze additive di prestazione, le sentt. n. 360/2000, n. 361/2000, n. 423/2000, n. 171/2002, n. 220/2002, n. 467/2002, mentre classifica come sentenze additive di principio o c.d. a dispositivo generico le sentt. n. 497/1988, n. 232/1992, n. 243/1993.

35. Sull’aggiornamento – a cura della Corte costituzionale – delle dimensioni dei diritti costituzionali, e sui concetti di debolezza e svantaggio cui i diritti sociali sono chiamati a porre rimedio, a cui deve riconoscersi, per natura, un’attitudine espansiva, con ampi rife-

È noto che la dimensione dei diritti sociali è stabilita dalla Corte anche in forza di quelle clausole espansive che traggono la propria origine nel diritto internazionale e comunitario, ove sono codificate dimensioni sovranazionali ulteriori del pieno sviluppo della persona, della dignità e dell'uguaglianza<sup>36</sup>.

Nel tempo, le voci della dottrina hanno formulato giudizi non uniformi sull'evoluzione del sindacato di legittimità costituzionale relativo ai diritti sociali, influenzate dall'opzione di fondo fatta propria in ordine al rilievo ed alla natura giuridica di tali diritti nell'ordinamento.

Da alcuni, come noto, proviene il giudizio critico secondo cui, ancora negli anni novanta, mancherebbe l'elaborazione, da parte della Corte, di soluzioni corrispondenti alle esigenze di tutela di tali diritti, atteso il ricorso ai principi di gradualità e di ragionevolezza, ritenuti corrispondenti ad una posizione tendenzialmente passiva rispetto alle scelte del legislatore di stabilire delimitazione ai diritti sociali in ragione della ponderazione degli altri interessi e anche tenuto conto delle disponibilità finanziarie<sup>37</sup>.

Da altri, si è valorizzato l'intervento propulsivo della Corte sull'effettività dei diritti all'uguaglianza sostanziale, a fronte – soprattutto – della posizione dei giudici *a quo*, ove questi permangano in un atteggiamento interpretativo impermeabile al dato costituzionale e ancorato ai dettami di un positivismo acritico, che tende a ridurre il fenomeno giuridico alla sola legge<sup>38</sup>.

Certamente, chi sostiene la natura fondamentale dei diritti sociali e l'ancoraggio alla Costituzione della garanzia reattiva al *se* ed al *quid* di tali diritti, conseguentemente, approda all'affermazione secondo cui la discrezionalità del legislatore non è affatto piena e insindacabile, ma anzi abilita la Corte a sindacare l'attività legislativa ove, nel determinare il quomodo ed il quando del momento attuativo dei diritti sociali, non abbia usato la dovuta ragionevolezza e

---

rimenti bibliografici, si veda S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, cit., che rimanda a titolo esemplificativo ai recenti orientamenti della Consulta sul diritto all'ambiente salubre, all'abitazione, ed all'informazione. Sul catalogo dei diritti sociali ed il ruolo della Corte, inoltre, v. A. BALDASSARE, voce *Diritti sociali*, cit., 31; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, cit., 873 ss.; A. GIORGIS, *op. ult. cit.*, 129 ss.

36. Non potendo dar conto – in questa sede – dell'inesauribile dibattito dottrinario e delle numerose questioni che il tema ha posto in evidenza, si rinvia a F.A. CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, cit., ove è sviluppata l'analisi dell'incidenza, diretta ed indiretta, dell'ordinamento europeo sulla sovranità sociale degli Stati membri; inoltre, v. A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 9 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia, e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 1/2011; J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 539 ss.

37. Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1992, 111, e Corte cost. n. 31/1986 in *Giur. cost.*, 1986, 164 ss., Corte cost. n. 180 del 1992, *ivi*, 1992, 201 ss.; Corte cost. n. 374 del 1988, *ivi*, 1988, 1658 ss.

38. Cfr. A. GIORGIS, *op. ult. cit.*, 138.

non sia ispirata a criteri di giustizia ed uguaglianza sostanziale, con l'effetto di vanificarne il carattere fondamentale ed inviolabile<sup>39</sup>.

Il contenuto del dibattito s'è spostato, in ragione della fase segnata dalla riforma costituzionale del 2001, ove non può negarsi che il sindacato della Corte si fa più complesso, entrando in contatto con la formula problematica dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali<sup>40</sup>.

39. Cfr. A. BALDASSARE, *op. ult. cit.*, 31-32.

40. Sugli interventi della Corte costituzionale sui diritti sociali e sulla definizione dei livelli essenziali, e sulla complessità delle questioni giuridiche connesse al riparto di competenze legislative tra Stato, *ex multis*, cfr. Corte cost. 11 novembre 2010 n. 316, ove si dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 19 dell'articolo unico della l. n. 247 del 2007, nella parte in cui per soddisfare esigenze di solidarietà previdenziale, esclude temporaneamente, per l'anno 2008, la perequazione automatica delle pensioni superiori a otto volte il trattamento minimo, per finalità di equilibrio finanziario delle gestioni, con riferimento alle pensioni di anzianità e di vecchiaia anticipata. Sull'orientamento dei giudici costituzionali volto ad assecondare le scelte del legislatore confermando le limitazioni poste ai livelli ed all'intensità delle tutele, soprattutto di quelle pensionistiche, nell'ottica di contenere disavanzi per esigenze di finanza pubblica a discapito delle tutele dei pensionati cfr. anche i precedenti Corte cost. 31 marzo 1995, n. 99, e 26 luglio 1995 n. 390, e Corte cost. 27 dicembre 1996, n. 417, in *Giur. cost.*, 1997, 544 ss., con nota di C. COLAPIETRO, *I trattamenti pensionistici ed il limite delle risorse disponibili nella Corte costituzionale*; cfr. Corte cost. 8 ottobre 2010, n. 290, ove si dichiara infondata la questione del mancato riconoscimento del beneficio della rivalutazione dei periodi di contribuzione obbligatoria di cui ai commi 6, 7, e 8 dell'art. 13 della l. 27 marzo 1992, n. 257, ai fini del conseguimento delle prestazioni pensionistiche ai lavoratori esposti all'amianto, già pensionati al momento dell'introduzione legislativa del beneficio (in linea con le precedenti sentt. 12 gennaio 2000, n. 5, 22 aprile 2002, n. 127, 31 ottobre 2002, n. 434, 20 novembre 2008, n. 376), su cui ritornano le critiche relative allo smantellamento dello Stato sociale di C. COLAPIETRO, *La tutela previdenziale dei lavoratori pensionati già esposti all'amianto torna all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 869 ss., nella parte in cui l'A. evidenzia che «nei confronti di tali lavoratori pensionati appare veramente irragionevole continuare a negare quei veri e propri "risarcimenti previdenziali" che competono loro a titolo compensativo del rischio subito (peraltro in un periodo storico così risalente nel tempo, in cui i rischi relativi all'amianto non erano in alcun modo apprezzati), invocando asseriti problemi di copertura finanziaria, perché, se così non fosse, "ogni riferimento all'inviolabilità dei diritti sociali, come pure alla loro essenzialità per la qualificazione della forma di Stato, andrebbe espunto in toto. Allorché, infatti, entrano in gioco i principi sui quali si fonda lo Stato sociale, il principio dell'equilibrio di bilancio non può in alcun modo condizionare eventuali decisioni di spesa della corte costituzionale, perché in tal caso non c'è spazio per la tecnica del bilanciamento: rispetto ai veri e propri diritti di prestazione sanciti dalla Costituzione e alla loro misura irrinunciabile, non c'è politica (e quindi nemmeno dipendenza da *interpositio* di valutazioni discrezionali del legislatore), ma solo giurisdizione in nome della Costituzione». (879) In senso conforme, G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine i costi delle sentenze costituzionali*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, Milano, 1993, 123 ss. Inoltre, in tema di assicurazioni e pensioni sociali, ed in un'ottica di diretta lesione del principio di uguaglianza dei lavoratori, cfr. Corte cost. 22 luglio 2011, n. 234, ove si statuisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 7, d.l. 20 maggio 1993 n. 148, conv. con modif. in l. 19 luglio 1993, n. 236, nonché l'art. 1 l. n. 236 del 1993, nella parte in cui le disposizioni censurate determinano «un'oggettiva diversità di trattamento tra il lavoratore inabile, titolare di un assegno o di una pensione di invalidità che, al momento del licenziamento, rientri nel novero dei lavoratori aventi diritto al trattamento di mobilità e quello che abbia invece diritto al solo trattamento ordinario di disoccupazione. Mentre nel primo caso, infatti, il lavoratore che, a causa del regime di incompatibilità, non può percepire entrambi gli assegni (d'invalidità e di mobilità), ha però la facoltà di scegliere tra le due prestazioni, a seconda di quale dei due tratta-



Sul punto, l'indagine richiede due osservazioni di carattere generale.

menti sia, in concreto, più conveniente, nel secondo caso, non ha tale possibilità di scelta e si trova, di fatto, obbligato a beneficiare di quello connesso al suo stato di invalidità. L'impossibilità di optare per il trattamento di disoccupazione in occasione del licenziamento, determina, dunque, per i soli lavoratori inabili non aventi diritto alla mobilità, la concreta inutilizzabilità di tale tutela assicurativa. Come questa Corte ha affermato, il legislatore, nel regolamentare il concorso tra più assicurazioni sociali e, in particolare, tra quelle connesse allo stato di invalidità e vecchiaia e quelle connesse allo stato di disoccupazione, gode certamente della più ampia discrezionalità (e può ben valutare, quindi, come sufficiente l'attribuzione di un unico trattamento previdenziale al fine di garantire al lavoratore assicurato mezzi adeguati alle esigenze di vita sue e della sua famiglia), ma, nel fare tale scelta, deve soddisfare il principio di eguaglianza e di ragionevolezza (sent. n. 218 del 1995). Nel caso in esame, la descritta diversità di disciplina tra indennità di disoccupazione ed indennità di mobilità non è ragionevole, perché, non essendo connessa a rilevanti differenze strutturali delle due situazioni poste a confronto, risulta irragionevolmente discriminatoria (punti 3.1 e 3.2 del considerato in diritto).». In tema di sanità pubblica, si segnala Corte cost. 27 luglio 2011, n. 248, ove si dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8-*quinquies*, comma 2, lett. b) d. lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, introdotto dall'art. 79, comma 1-*quinquies*, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv. con. modif. in l. 6 agosto 2008 n. 133, il quale prevede la possibilità per le regioni di individuare prestazioni – nella specie dialisi – o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati, in riferimento agli artt. 3, 97, 113, 117 comma 2, lett. m Cost.: in particolare, è superata la censura di contrasto con il principio di legalità sostanziale, ritenendo predeterminate nella norma censurata le modalità di esercizio del potere autorizzatorio della regione, anzi «proprio il collegamento che unisce – nel testo della norma censurata – l'autorizzazione regionale e gli accordi con i soggetti interessati, nel rendere palese la finalizzazione di tali accordi al raggiungimento di determinati scopi (e particolarmente, l'individuazione degli obiettivi di salute e dei programmi di integrazione dei servizi, nonché la determinazione del volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza) definisce anche l'ambito entro il quale deve essere esercitato il potere autorizzatorio della Regione. (...) Deve pertanto escludersi la violazione del principio di legalità sostanziale (...) ogni qual volta si rinvenga l'esistenza di criteri, nel testo normativo, in grado di orientare l'azione dell'autorità amministrativa.» In relazione a tale specifico profilo, la Corte ribadisce testualmente il contenuto del principio di libera scelta dell'utente già affermato nella sentenza n. 200 del 2005, nel bilanciamento con il principio di programmazione: «muovendo dalla constatazione che – nel sistema sanitario nazionale – il principio di libera scelta non appare affatto assoluto, dovendo invece essere temperato con altri interessi, costituzionalmente tutelati, puntualmente indicati da norme di principio della legislazione statale, si è riconosciuto come, nell'evoluzione della disciplina della sanità, subito dopo l'enunciazione del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si sia progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario. In questo modo, si è temperato il predetto regime concorrenziale attraverso i poteri di programmazione propri delle regioni e la stipula di appositi accordi contrattuali tra le usl competenti e le strutture interessate per la definizione di obiettivi, volume massimo e corrispettivo delle prestazioni erogabili. (...) giacché l'esistenza di simili forme di contrattazione costituisce la circostanza idonea ad escludere il preteso carattere di arbitrarietà delle scelte poste in essere in questo settore dalle amministrazioni competenti». Sulla censura di violazione dell'art. 117, seconda comma, lett. b), la Corte richiama l'orientamento costante nel ritenere che «la fissazione dei livelli essenziali di assistenza si identifica esclusivamente nella "determinazione degli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale", non essendo pertanto inquadrabile in tale categoria le norme volte ad altri fini" (*ex multis*, sent. n. 371 del 2008). Su tale presuppo-

Da un lato, la complessità del tema dei livelli essenziali si manifesta in modo evidente nell'intreccio dei registri argomentativi rinvenibili nelle sentenze, in

---

sto si deve ribadire che "la natura intrinseca dei livelli essenziali delle prestazioni, previsti dalla norma costituzionale prima citata, esclude, per evidenti ragioni logico-giuridiche, che la stessa norma possa essere indicata come fondamento di un principio di libertà di scelta delle strutture presso cui ricevere prestazioni di cura, giacché tale principio introduce in capo all'utente un diritto non incidente sui livelli quantitativi e qualitativi delle prestazioni, sicché gli interventi del legislatore destinati ad influire su tale libertà non rilevano sul versante delle prestazioni, ma su quello delle modalità con le quali l'utente può fruire delle stesse (così la sentenza n. 387 del 2007, la quale, sebbene si riferisca specificamente alla scelta tra strutture pubbliche e private operanti nel campo della prevenzione, cura e riabilitazione delle tossicodipendenze, reca un'affermazione dotata di valenza generale)» (punti da 4.1 a 5.1 del considerato in diritto). In materia di istruzione e di livelli essenziali, e sullo spazio del potere legislativo delle regioni a statuto speciale, si veda Corte cost. 7 luglio 2010, n. 235, ove è dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 4 della l. r. Sardegna 7 agosto 2009 n. 36, che attribuisce alla Giunta il compito di definire, tenuto conto delle condizioni di disagio legate a specifiche situazioni locali, le modalità ed i criteri per la distribuzione delle risorse di personale tra le istituzioni scolastiche e delega l'assessorato regionale alla pubblica istruzione ad attuare tali criteri mediante una più razionale distribuzione delle risorse umane tra le scuole: «in riferimento agli artt. 3 e 5 dello statuto della Regione Sardegna, il parametro costituzionale invocato è incongruo, atteso che l'art. 117 Cost., per effetto dell'art. 3 della citata legge costituzionale n. 3 del 2001, ha inserito l'istruzione tra le materie di legislazione concorrente ed ha così assegnato alla regione uno spazio di autonomia più ampio rispetto le norme statutarie; ne consegue che il parametro evocato non è pertinente, dovendosi ora avere riguardo, ai fini della competenza della regione in materia di istruzione all'art. 117, comma 3 Cost., piuttosto che agli artt. 3 e 5 dello statuto della regione Sardegna. Anche in riferimento alla competenza statale esclusiva in materia di ordinamento ed organizzazione del sistema scolastico ed all'art. 117, secondo comma lett. m) Cost. sui livelli essenziali delle prestazioni, la questione sollevata non è fondata. È infatti riferibile all'ambito di pertinenza regionale sia sia il settore della programmazione scolastica regionale, sia quello relativo al dimensionamento della rete delle istituzioni scolastiche, al quale è intimamente collegata la ripartizione delle correlative risorse di personale; né rileva nella specie il richiamo alla fissazione dei livelli essenziali di prestazione, perché la definizione dell'assetto organizzativo e gestorio del servizio rimane del tutto estranea al predetto parametro». Per l'ampiezza argomentativa, sul riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni sui diritti sociali, e sulla legittimità costituzionale dell'introduzione statale della sperimentazione della c.d. carta acquisti presso un numero determinato di enti locali, richiamandosi espressamente al proprio precedente (sent. n. 10 del 2010), sia consentito l'ampio richiamo a Corte cost. 5 aprile 2013 n. 62, nel giudizio promosso dalla regione Veneto – anche – sull'art. 60, comma 1 e 2, del d.l. n. 5 del 2012, nella parte in cui, al comma 1, avvia la sperimentazione della «carta acquisti» istituita dall'art. 81, comma 32, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, nei comuni con più di 250.000 abitanti e, al comma 2, prevede l'emanazione di un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottarsi di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, per la determinazione delle modalità esecutive della sperimentazione. La Corte, dichiara non fondata la questione, rammentando che la carta acquisti è stata istituita dall'art. 81, comma 32, del d.l. n. 112 del 2008, richiamato espressamente dalla norma impugnata e oggetto di una recente pronuncia (sentenza n. 10 del 2010): "in tale occasione si è ritenuto che: «una normativa posta a protezione delle situazioni di estrema debolezza della persona umana, qual è quella oggetto delle disposizioni impugnate, benché incida sulla materia dei servizi sociali e di assistenza di competenza residuale regionale, deve essere ricostruita anche alla luce dei principi fondamentali degli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost., dell'art. 38 Cost. e dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. Il complesso di queste norme costituziona-

corrispondenza della sovrapposizione dei rilievi fra le dimensioni di tutela relative al riparto di competenza fra Stato e regioni, alla ragionevolezza dei bilanciamenti legislativi, ed ai mezzi di tutela offerti alle posizioni soggettive.

Dall'altro, il disegno d'attuazione legislativa sulla determinazione dei livelli essenziali (notoriamente, ancora disorganico e parziale) potrebbe condurre ad un giudizio pressochè temperato sul ruolo della Corte sull'assetto delle competenze legislative, la quale sembrerebbe avere manifestato, comunque, lo sforzo per mettere a punto diverse tecniche per ovviare agli inconvenienti

---

li permette, anzitutto, di ricondurre tra i "diritti sociali" di cui deve farsi carico il legislatore nazionale il diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno – in particolare, alimentare – e di affermare il dovere dello Stato di stabilirne le caratteristiche qualitative e quantitative, nel caso in cui la mancanza di una tale previsione possa pregiudicarlo. Inoltre, consente di ritenere che la finalità di garantire il nucleo irriducibile di questo diritto fondamentale legittima un intervento dello Stato che comprende anche la previsione della appropriata e pronta erogazione di una determinata provvidenza in favore dei singoli». L'intervento dello Stato, dunque, è stato ritenuto ammissibile quando, oltre a rispondere ai principi di eguaglianza e solidarietà, presenti caratteri di straordinarietà, eccezionalità e urgenza come quelli conseguenti alla situazione di crisi internazionale economica e finanziaria che ha investito il nostro Paese. La situazione di oggettiva gravità che ha determinato l'adozione dello strumento della carta acquisti e le finalità perseguite, ricollegabili direttamente ai principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cost., sono valse a differenziare tale intervento dalle ipotesi, soltanto apparentemente omologhe, in cui il legislatore statale, in materie di competenza regionale, prevede finanziamenti vincolati, ovvero rimette alle Regioni l'istituzione di una determinata misura, pretendendo poi anche di fissare la relativa disciplina. Si è dunque ricondotta la disciplina allora sottoposta al vaglio di questa Corte alla materia «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, secondo comma, lettera m) Cost.). La norma in questa sede impugnata presenta gli stessi aspetti di quella oggetto del precedente citato, sia in relazione alle finalità di protezione delle situazioni di estrema debolezza della persona umana, sia in relazione alla situazione di estrema gravità in ordine alla crisi economica che ha investito il nostro paese i cui effetti, purtroppo, si sono ulteriormente aggravati rispetto a quelli già riconosciuti dalla sentenza n. 10 del 2010 per gli anni 2008 e 2009. In tale contesto deve riconoscersi il potere per il legislatore statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. di assicurare le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno, in particolare, alimentare. La finalità di garantire il nucleo irriducibile di questi diritti fondamentali «legittima un intervento dello Stato che comprende anche la previsione della appropriata e pronta erogazione di una determinata provvidenza in favore dei singoli» (sentenza n. 10 del 2010). Un tale intervento da parte dello Stato deve, in altri termini, ritenersi ammissibile nel caso in cui esso risulti necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, soprattutto in presenza delle peculiari situazioni sopra accennate, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo (sentenze n. 166 del 2008 e n. 94 del 2007, in riferimento al caso della determinazione dei livelli minimali di fabbisogno abitativo, a tutela di categorie particolarmente svantaggiate e sentenza n. 10 del 2010)". Per gli ulteriori riferimenti alle sentenze delle Corte costituzionale 11 febbraio 2010, n. 44; 26 marzo 2010, n. 121; 10 giugno 2010, n. 207; 30 aprile 2009, n. 124, 7 marzo 2008, n. 50; 23 maggio 2008, n. 166, 8 maggio 2007, n. 162; 14 ottobre 2005, n. 384; 29 dicembre 2004, n. 423; 27 marzo 2003, n. 88; 23 dicembre 2003, n. 370, per tutte, cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel primato della sovranità*, cit., paragrafo 8, nota 131.

prodotti dalla mancanza – nel nuovo regime – di strumenti atti a perseguire, con la necessaria flessibilità, le istanze unitarie imprevedibili e non predeterminabili, alle quali, negli ultimi tempi, si sono aggiunte le difficoltà legate al continuo rinvio della soluzione dei problemi delle autonomie speciali storiche e, in maggior misura, il perdurante ritardo nell'attuazione del c.d. federalismo fiscale, che intercetta la crisi che ha investito l'economia e la finanza degli Stati, e della società nel suo complesso.

Sono questi, in particolare, gli argomenti richiamati da quella parte della dottrina che giustifica il mantenimento in capo alla Corte, di un comprensibile atteggiamento di accentuata cautela, fedele all'impostazione che valorizza l'integrazione più che la separazione delle competenze, che privilegia le esigenze di uniformità, piuttosto che quelle di differenziazione; e la scarsa propensione a valorizzare le nuove potestà locali, rispetto la scelta di mantenere in capo allo Stato l'esercizio dei poteri legislativi<sup>41</sup>.

Sul versante peculiare dei diritti sociali, che è l'aspetto correlato che più interessa, tuttavia, emerge con evidenza, ad avviso di chi scrive, il dato che la Corte costituzionale non smentisce mai espressamente la natura fondamentale o inviolabile del diritto sociale: in ultimo, s'è affermato il «dovere dello Stato di stabilirne le caratteristiche qualitative e quantitative, nel caso in cui la mancanza di una tale previsione possa pregiudicarli», con la conseguenza «che la finalità di garantire il nucleo irriducibile di questo diritto fondamentale legittima un intervento dello Stato che comprende anche la previsione della appropriata e pronta erogazione di una determinata provvidenza in favore dei singoli»<sup>42</sup>.

Tuttavia, il carattere fondamentale del diritto sociale perde, talvolta, consistenza e diviene – per così dire – elastico, in ragione di una serie di condizionamenti che sono corrispondenti all'utilizzo a cura della Corte delle formule «della finalità di equilibrio finanziario delle gestioni», «del principio della programmazione emergente nella legislazione allo scopo di realizzare il contenimento della spesa pubblica», «del carattere graduale della soddisfazione dei diritti sociali nel bilanciamento con altri interessi».

In tal modo, sembra realizzarsi un'oscuramento dell'*an* e del *quid* della garanzia costituzionale dei diritti sociali, che legati all'identificazione, complessa e malferma, degli aspetti qualitativi e quantitativi delle prestazioni, ed al «ragionevole e possibile» correlato alle risorse disponibili, sembrano perdere il collegamento con il primato della persona nell'ordinamento, risultando relegati su di un piano meramente amministrativo e/o fiscale che ne indica, caso per caso, la possibilità di sopravvivenza in termini di prestazioni e non di diritti.

41. Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 155-156.

42. Cfr. Corte cost. n. 62 del 2013; inoltre, Corte cost. n. 10 del 2010.

Rispetto a queste ombre, comunque, alcuni elementi di chiarezza sono rinvenibili nell'ultima giurisprudenza della Corte.

Assume senz'altro rilievo il richiamo al rispetto della riserva relative di legge<sup>43</sup>, cui si accompagna la tendenziale identificazione dei livelli essenziali con gli standard strutturali e qualitativi delle prestazioni determinate o da determinare, senza che sia possibile per il legislatore statale invocare l'art. 117, comma 2, lett. m) a giustificazione di norme volte ad altri fini od a fondamento della disciplina di interi settori materiali<sup>44</sup>.

In tale direzione, si può rilevare come si sia sviluppato quell'orientamento della Corte che ha inteso escludere dall'area dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali quei profili connessi con la determinazione dell'assetto organizzativo e gestorio dell'attività, che non esprime direttamente il nucleo essenziale del diritto costituzionalmente garantito<sup>45</sup>.

Sotto diverso profilo, i livelli essenziali dei diritti costituiscono il fondamento del richiamo all'attivazione, da parte del Governo, dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120, comma 2 Cost.<sup>46</sup>, ed ancora il presupposto per riconoscere il carattere esclusivo della competenza statale in materia ma, parimenti, il potere legislativo regionale nel caso in cui sia possibile elevare il livello di protezione del diritto considerato<sup>47</sup>.

### **3. Lo sviluppo dei diritti sociali entro le strettorie dello Stato sociale. La complessità degli attuali fattori di cambiamento nella riflessione contemporanea. La questione del federalismo *versus* uguaglianza**

Accanto al ruolo della Corte costituzionale, parimenti, assume rilievo e merita interesse l'evoluzione del diritto positivo, poiché, se è vero che la costituzionalizzazione dei diritti sociali ne configura la natura giuridica, non può negarsi che il loro assetto risulta anche dal sistema normativo e dalla sua evoluzione.

Nei decenni successivi all'entrata in vigore della Carta costituzionale, i diritti sociali hanno trovato forme di sviluppo, anche se entro le strettorie dello "Stato sociale", di cui s'è notoriamente discusso in seno al dibattito scientifico – in ordine prevalente – per le ragioni di crisi<sup>48</sup> e, tuttavia, in-

43. Cfr. Corte cost. nn. 8 e 248 del 2008, e 134 del 2006.

44. Cfr. Corte cost. nn. 133 e 207 del 2010.

45. Cfr. Corte cost. nn. 99 e 200 del 2009, e 235 del 2010.

46. Cfr. Corte cost. n. 78 del 2011.

47. Cfr. Corte cost. n. 121 del 2010, e l'analisi di A. BRANCASI, F. MERLONI, *Politiche statali, politiche regionali e autonomia politico-amministrativa e finanziaria degli enti territoriali*, in *Regioni*, 2009, 22 ss.

48. In questi termini, G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini, cit.*, 1073. Dell'A., sul tema, cfr. *Welfare e stato federale: uguaglianza e diversità delle prestazioni*, in *Regionalismo, federalismo, Welfare state*, Milano, 1997, 403 ss. Esiste una sterminata letteratura sulle origini dello Stato sociale, e sulla sua evoluzione contemporanea, e numerose indagini a carattere storico-sociale, giuridico, economico, e politologico sui singoli ordi-

fluendo l'inquadramento dei diritti sociali come attese di prestazioni pubbliche.

L'ambientamento, da parte della dottrina, dell'indagine sui diritti sociali nell'ambito dell'analisi sullo Stato sociale – o sul sintagma (d'assimilazione) “Welfare state”, o sullo Stato assistenziale<sup>49</sup> – coglie lo svolgimento complesso e disomogeneo degli istituti e delle politiche di intervento pubblico, le quali, soprattutto nel corso degli ultimi due secoli, hanno superato le originarie esigenze sociali ed economiche di contrasto alla povertà, all'analfabetismo, ed alle carenze sanitarie; hanno ricompreso il profilo più recente e squisitamente politico-

---

namenti ed in un'ottica comparata. *Ex multis*, sull'evoluzione dello Stato sociale, con uno sguardo all'evoluzione delle strutture e dei compiti dell'amministrazione pubblica, si veda M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1979, 389 ss.; Id., *Stato sociale: una nozione inutile*, cit., soprattutto 154-161; S. CASSESE, *L'incompletezza del "Welfare State" in Italia*, cit., 253 ss., Id., *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in Giorn. dir. amm., 2000, 1156 ss.; L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, cit., pag. 142 ss.; R. SCALDAFERRI, *L'origine dello Stato sociale in Italia (1876-1900)*, in Il Pensiero politico, XIX, 1986, 222 ss.; M. FERRERA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993; ed inoltre, Id., V. FARGION, M. JESSOLA, *Alle radici del Welfare all'italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato*, Venezia, 2012; S. SEPE, *Le amministrazioni della sicurezza sociale nell'Italia unita 1861-1998*, Milano, 1999; T.I. BOERI, *Uno Stato asociale. Perché è fallito il Welfare in Italia*, Bari, 2000; M. CAVALLO, *Lo Stato sociale in Italia: dalla formazione alla crisi. Rassegna bibliografica e documentaria*, Bologna, 2000; i saggi di N. AICARDI (sanità), M. GIGANTE (istruzione), A. LA SPINA (protezione sociale), E. FERRARI (servizi sociali), in S. CASSESE (a cura di) in *Trattato di Diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2000; F. MANGANARO, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo e responsabilità delle amministrazioni e delle comunità subnazionali e locali*, in Dir. econ., 2003, 286 ss.; F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie, e strumenti per i soggetti pubblici*, cit., 41 ss.; H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2006, 747 ss.; Id., *La lotta alla povertà come politica pubblica*, cit., 57 ss.; M. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare state*, cit., 1 ss.; B. G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, cit., 359 ss. Inoltre, recentemente, per una rassegna ricostruttiva, anche a fini bibliografici, si veda F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, 2013, e sulle politiche sociali nell'ambito delle istituzioni comunitarie europee, per tutti, si veda F.A. CANCELLA, *Servizi di Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, 2010. Inoltre, sulle dinamiche del Welfare state in Europa tra crisi e riforme, si vedano i saggi di M. FERRERA, *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*; B. PALIER, *Social policy paradigms, Welfare state reforms and the crisis*; C. SARACENO, *Trasformazioni dei Welfare state e/o spostamenti discorsivi. Un commento*; D. NATALI, *Le fondamenta normative del Welfare state: lo stato dell'arte e nuove prospettive di ricerca*, tutti in *Stato e mercato*, 2013, 3 ss. Inoltre, come interessanti opere di taglio comparativo, si vedano, *ex multis*, F.X. KAUFMANN, *Variations of the Welfare State: Great Britain, Sweden, France and Germany between Capitalism and Socialism*, Berlin, 2012; P. TAYLOR GOOBY, *News risks, new Welfare. The transformation of the European Welfare State*, Oxford-New York, 2004; G.A. RITTER, *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, Monaco, 1989, trad. it., Bari, 2007, 2ª ed.; G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale in Italia e Germania fra Ottocento e Novecento*, Bologna, 1988; J. ALBER, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa*, 1982, trad. It., Bologna, 1986.

49. Anche in base all'approccio delle dottrine, più o meno critico o conservatore sul ruolo dello Stato, si evidenzia l'ispirazione neutrale della formula Stato sociale, quella positiva di Welfare state (Stato del benessere), e quella negativa di Stato assistenziale.



istituzionale della lotta per la rimozione dei fattori di ineguaglianza sostanziale<sup>50</sup>; ed, attualmente, reinterpretano le criticità urgenti della questione sociale come problema – vieppiù – di povertà, ma anche d'inclusione sociale<sup>51</sup>, categorie che richiamano due distinti nodi tematici, fortemente correlati tra loro.

Come è stato osservato<sup>52</sup>, da un lato, lo sguardo è sui fenomeni di esclu-

50. Su questo profilo, il contributo di G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, cit., 1073 ss, evidenzia come, nel pensiero gianniniano, il passaggio allo Stato pluriclasse viene inteso come il momento della moltiplicazione delle misure a favore delle categorie sottoprotette, mentre l'ultima tappa è segnata, dopo la costituzionalizzazione dei diritti sociali, dalla tendenza all'universalizzazione delle misure di protezione sociale, non destinate soltanto ad alcune categorie, ma destinate a tutti, per cui s'afferma che gli istituti perdono il loro carattere di istituti integrativi di carenze proprie di categorie, per divenire servizi pubblici, differenziati per contenuti.

51. Sul tema dei diritti di cittadinanza, e dal punto di vista del crescente fenomeno della povertà, V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Dem. dir.*, 2005, 122 ss. Inoltre, B. G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, cit., 378-379, il quale rileva che, nel modello italiano, il fine principale non sia stato quello di combattere la povertà, e l'esclusione sociale quale effetto diretto, bensì fini variabili come la tutela del lavoro, della salute, della famiglia, dell'istruzione, in ragione di una disciplina frammentaria mediante la quale il legislatore si è occupato di singole categorie di deboli, preferendo procedere per specie piuttosto che per generi, per deroghe piuttosto che per regole. Si deve osservare che la lettura conclusiva dell'A. evidenzia il nesso tra l'efficienza degli istituti di protezione sociale e la garanzia del diritto di cittadinanza, e la crescita attuale delle disuguaglianze, sia individuali che territoriali (385-386): «Nel complesso, le prestazioni ai poveri sono tante e spesso costose, ma inadeguate e frammentarie. Non rispondono ad una logica unitaria, non costituiscono – come già osservato – garanzia del diritto di cittadinanza. (...) Come osservato nel già citato rapporto Caritas 2011, nei sessanta anni di vita repubblicana gli interventi a favore dei poveri non sono mancati, ma sono stati "locali, settoriali, occasionali", ininfluenti per la riduzione della povertà. (...) La spesa pubblica per le politiche sociali è in linea con quella degli altri Stati membri dell'Unione. Esso spende, però, in modo disordinato e squilibrato, selezionando male i beneficiari delle prestazioni, senza preoccuparsi della coerenza del sistema e senza indirizzare le risorse principalmente all'obiettivo fondamentale di alleviare la povertà (...). La spesa sociale spesso non va dove ce ne è maggiore bisogno, come dimostrato dal fatto che i trasferimenti legati a prestazioni come la social card e il bonus famiglie vanno in quota non trascurabile a famiglie non povere o addirittura ricche. Se (...) si considerano i centocinquanta anni di storia dello Stato italiano, ci si rende conto che sono stati raggiunti enormi risultati in termini di benessere generale. È sufficiente riferire alcuni dati: le persone in stato di estrema povertà erano il 23% nel 1961, solo 0,2% oggi; il reddito è aumentato di tredici volte, ben più che in molti altri stati europei; l'analfabetismo si è ridotto dal 70% all'1,5%; la mortalità infantile è un centesimo di quella di centocinquanta anni fa. Ma ci si rende conto anche che questo benessere non è stato equamente distribuito: le disuguaglianze sono rimaste sia al livello individuale, sia al livello geografico. Anche dal punto di vista della povertà, il principale fallimento dello Stato italiano appare quello del mezzogiorno. Nel 1861, il tasso di povertà al sud era doppio rispetto a quello del nord, nel 2008 era quadruplo; parallelamente la differenza tra il prodotto interno lordo pro capite al nord e al sud si è raddoppiata. Anche in questo, le ingente risorse destinate allo sviluppo non sempre sono state spese in modo efficace.» Inoltre, F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, cit., 41 ss.; A. POLICE, *Ruolo e responsabilità dei cittadini, delle formazioni e dei gruppi sociali nella lotta alla povertà ed alla esclusione. Problemi giuridici della "Shared Governance"*, cit., 539 ss.

52. Cfr. A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare state*, cit., 1 ss., il quale tratteggia nei termini descritti l'ingovernabilità del sistema come crisi di instabilità, atteso che – per i fattori indicati – rischia di perdere il controllo dei propri confini (1-2): «la nozione di Welfare state (è costretta) a dover scontare continuamente elementi di mutevolezza e di instabilità connessi con la dinamica dei rapporti economici-sociali (prima ancora che



sione, non puramente di segno economico, che determinano e rinnovano posizione di deficit sociale dell'individuo e/o del gruppo, intesa come minore capacità di realizzazione della persona nella sfera sociale ed individuale, e tale da richiedere l'intervento pubblico o privato per il ripristino dei presupposti giuridico-fattuali atti a consentire lo svolgimento dei diritti di cittadinanza sociale.

Dall'altro, rileva e va considerata l'imponenza dei flussi migratori<sup>53</sup>, quale fenomeno ormai costantemente ricompreso nel dibattito aperto sulle soluzioni giuridico-istituzionali ed economico-sociali volte a definire e ad attuare modelli di integrazione, attraverso anche l'esercizio dei diritti sociali<sup>54</sup>.

Si tratta di un tema che, ponendo al centro della riflessione il riconoscimento di posizioni soggettive a contenuto sociale, ha progressivamente identificato un nuovo spazio di dibattito sull'universalismo dei diritti e sulla prospet-

---

giuridico-istituzionali) e dunque con l'emergere di nuove pretese e nuovi bisogni, nuovi fattori d'insicurezza e di rischio (...) e a dover misurare le proprie capacità di adeguatezza alle domande – e le opportunità che esso programmaticamente intende offrire – con lo specifico *Zeitgeist* al quale si deve far riferimento.» Da qui, per l'A., sul piano giuridico-istituzionale «non resta men vero che l'erompere della "questione sociale" e la connessa lotta per la conquista delle provvidenze e delle prestazioni ricondotte al Welfare state e per la riduzione delle distanze dalla finalità dell'eguaglianza, oltre ad aver infiammato e continuamente rimesso in discussione per circa due secoli l'assetto delle relazioni economico-sociali nei paesi pure economicamente più avanzati, abbiano segnato momenti di svolta epocale sia sul piano delle decisioni costituzionali che sul piano dei sistemi amministrativi, fino a condurre ad esiti complessivi di tale rilevanza da poter essere oggi apprezzati in termini di configurazione di un vero e proprio modello dell'identità della società europea».

53. Per un approfondimento del tema, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, si veda il lavoro monografico di G. ROMEO, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, 2011, soprattutto il cap. 4, parte II, dedicato ai diritti sociali degli immigrati nell'ordinamento italiano, ove il tema della condizione giuridica dello straniero è articolato sulla distinzione, normativamente posta, tra diritti riconosciuti in modo condizionato rispetto al possesso di un idoneo titolo di soggiorno, ovvero alla mera presenza nel territorio nazionale, ed il trattamento sociale riservato agli stranieri non regolarmente soggiornanti, anche alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale che ha offerto una lettura della legislazione vigente orientata all'affermazione del generale principio di non discriminazione sulla base della nazionalità. Su questi temi, v. anche E. CODINI, *Immigrazione e Stato sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 599 ss.

54. Cosa rende legittimo e stabile l'ordine globale della disuguaglianza è il tema di fondo del contributo di U. BECK, *Disuguaglianza senza confini*, trad. it. di *Die Neuvermessung der Ungleichheit unter den Menschen: soziologische Aufklärung im 21. Jahrhundert* (2008), Roma-Bari, 2011, il quale sostiene l'idea (11-12) che le frontiere nazionali separano nettamente la disuguaglianza politicamente rilevante da quella politicamente irrilevante nel senso che le disuguaglianze all'interno delle società nazionali vengono enormemente ingrandite nella percezione, con l'effetto di offuscare al contempo le disuguaglianze tra le società nazionali. Per l'A., "la "legittimazione" delle disuguaglianze globali poggia dunque su un "volgere gli occhi altrove" istituzionalizzato. Lo sguardo nazionale "libera" dallo sguardo sulla miseria del mondo. Esso opera tramite una doppia esclusione: esclude gli esclusi. In tale cornice, «le ricche democrazie portano il vessillo dei diritti umani fin negli angoli più remoti del mondo, senza accorgersi che in questo modo i bastioni eretti a difesa delle frontiere nazionali, con cui esse intendono respingere i flussi migratori, perdono ogni base di legittimazione. Molti immigrati prendono sul serio, come un diritto umano alla mobilità, la proclamata uguaglianza e si imbattono in paesi e in Stati che – proprio sotto l'impressione delle crescenti disuguaglianze all'interno – intendono far cessare la validità della norma dell'eguaglianza sulla soglia delle loro frontiere armate» (14).

tiva nazionale della loro tutela, nel quale si registra una molteplicità di livelli d'analisi e di prospettive di ricerca sul legame che l'idea di cittadinanza, intesa come appartenenza, intrattiene con i diritti a contenuto sociale<sup>55</sup>.

In tale contesto, s'innesta la riflessione di quella parte della dottrina che individua negli stranieri (intendendo con essi coloro che hanno un legame meno intenso con il territorio in quanto ultimi arrivati) il bersaglio di politiche di esclusione sociale che contano su risorse limitate e, dunque, sembrano finalizzate a restringere la platea dei destinatari delle prestazioni più costose, e quindi soprattutto di quelle di natura sociale, attraverso politiche che diminuiscono le offerte di solidarietà, o selezionano maggiormente i beneficiari delle medesime, in ragione della sperimentazione di politiche di appartenenza, finalizzate a favorire coloro che hanno un legame più intenso e duratuto con il territorio nazionale, regionale o locale<sup>56</sup>.

Non può essere trascurato il fatto che le trasformazioni e le evoluzioni indotte dalla globalizzazione come fine – anche giuridica – della geografia e dei suoi confini, immettono nuove pretese e nuovi bisogni nell'ordinamento, tipizzando lo Stato sociale come sistema permanentemente mutevole e variegato, anche per l'attitudine di tali fattori ad incidere sulla base socio-economica di riferimento per il mantenimento delle tradizionali politiche di Welfare<sup>57</sup>.

55. *Ex multis*, C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 1 ss.; L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, e F.P. VERTOVA, *Cittadinanza liberale, identità collettive, e diritti*, entrambi in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994; U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, 1987, 181 ss.; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, II, Roma-Bari, 2001; F. BELVISI, *Cittadinanza*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2007, 121 ss.; F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, 278 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007; A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Napoli, 2008, 689 ss.; G. ROMEO, *op. ult. cit.*, soprattutto 1-62.; D. DE PRETIS, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, in *giustamm.it*, 2012; F. G. SCOCA, *Protezione della diversità e trattamento legislativo degli stranieri*, in *Dir. ec.*, 2013, 15 ss.

56. In chiave critica sulla lesione della natura fondamentale dei diritti sociali, F. BIONDI DEL MONTE, *Lo Stato sociale di fronte le migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, cit., soprattutto paragrafi 4-7.2.; e G. ROMEO, *op. ult. cit.*, 187 ss.

57. Sulla complessità del tema, *ex multis*, si veda la riflessione di L. ANTONINI, *Competenza, finanziamento ed accountability in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sui diritti civili e sociali*, cit., il quale – nella prima parte del contributo – indaga i fattori di mutamento e di crisi dei modelli di Welfare per giungere alla definizione di contenuto della clausola costituzionale sui livelli essenziali e del loro finanziamento. Segnatamente, l'A. interviene sul dibattito in ordine alla ridefinizione dei sistemi di Welfare, muovendo la preliminare osservazione secondo cui la globalizzazione ed i variegati processi d'integrazione europea hanno determinato la crisi delle forme e delle categorie tradizionali dello Stato-nazione con conseguenze dirette sulle modalità di realizzazione dei suoi fini sociali, in ragione di un oscuramento causato dall'emergere di un sistema economico globale che sfugge al controllo di qualunque singolo Stato e pone restrizioni al Welfare nazionale in termini di spesa efficiente ed efficace. In tale cornice, l'A. fa riferimento alla posizione di M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle istituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 160, laddove è sostenuto che con le costituzioni democratiche, il potere economico diviene «oggetto delle regole e dei limiti del governo dello stato sociale, incentrato su un progetto di progresso

Il sistema italiano, pur non discostandosi in maniera significativa dagli altri paesi quanto ad ammontare totale di spesa sociale<sup>58</sup>, mostra, fin dall'origine, segni di incompletezza, frammentarietà e particolarismo, da cui origina un giudizio complessivamente negativo sull'arretratezza e sull'inefficienza degli interventi<sup>59</sup>.

che impone ormai l'*Engreifung*, la cattura costituzionale dell'economico. Se l'ambizione normativa nei confronti del potere economico "è stata, per molti decenni, soddisfatta, la realtà attuale ci mostra un quadro del tutto diverso nel quale la crisi della capacità regolativa della costituzione viene esibita in modo impietoso». Tale riflessione si accompagna ad una lettura apertamente critica dell'esperienza italiana – che si unisce alle posizioni già richiamate – nella parte in cui s'evidenzia (71) che «in Italia, tuttavia, la consapevolezza di questi processi ha faticato a maturare e lo stesso dibattito sul federalismo si è spesso arenato in una sorta di provincialismo nazionale. Le radici culturali di quest'atteggiamento sono state diverse: alcune, più remote, affondavano nello stesso radicamento sull'impianto costituzionale del 1947, altre più contingenti erano ascrivibili a fattori atavici della vicenda politica. Il regionalismo italiano, infatti, anche nello sviluppo dei decenni successivi alla Costituzione è rimasto carente, a livello politico, d'idee originali nonostante una tradizione di pensiero federalista ricca e vivace. Nello sviluppo della vicenda italiana, il privilegio accordato ad un regime uniforme delle autonomie territoriali a condotto quelle a statuto speciale ad un'omologazione verso il basso, mentre il modello complessivo è passato da un'originaria conformazione di tipo garantista-difensivo, rimasta solo nelle intenzioni del costituente, ad una forma di regionalismo cooperativo tutt'altro che limpida e lineare. Il sistema regionale è stato quindi arenato da una "politica dell'uniformità" che, con una straordinaria produzione di regole, ha espresso oggettivamente la sfiducia negli amministratori regionali e nella capacità di stimolo e di controllo della società locale, spesso misurando l'opportunità dell'autonomia, assumendo come naturale punto di riferimento le situazioni dove maggiore era l'inefficienza amministrativa e più corrotto il costume». Qui, l'A. richiama testualmente il pensiero di F. TRIMARCHI BANFI, *Il regionalismo e i modelli*, in *Le Regioni*, 1995, 256 ss.

58. Cfr. F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, cit., 226, ed in particolare la Tabella 7.6 (*Spesa sociale in percentuale del PIL in alcuni paesi OCSE 1980, 1990, 2000, 2012*) che esprime in termine quantitativi l'andamento progressivo della spesa sociale per ogni decennio dell'ultimo quarantennio, riportando i seguenti dati: Italia (18,00; 19,9; 23,3; 28,1); Germania (22,1; 21,7; 26,6; 26,3); Spagna (15,5; 19,9; 20,4; 26,3); Francia (20,8; 24,9; 27,7; 32,1); Austria (22,4; 23,8; 26,7; 28,3); Belgio (23,5; 24,9; 25,4; 30); Danimarca (24,8; 25,1; 25,7; 30,5); Finlandia (18,1; 24,3; 24,3; 29); Grecia (10,2; 16,5; 19,2; 23,1); Irlanda (16,7; 14,9; 13,3; 23,1); Norvegia (16,9; 22,3; 21,3; 22,1); Paesi Bassi (24,8; 25,6; 19,8; 24,3); Portogallo (9,9; 12,5; 18,9; 25; Regno Unito (16,5; 16,7; 18,6; 23,9); Svezia (27,2; 30,2; 28,4; 28,2).

59. Cfr. S. CASSESE, *L'incompletezza del Welfare State*, cit., 53 ss, ove le distorsioni dello Stato di benessere in Italia sono anche correlate alla mancanza di strategie sugli interventi diretti alla garanzia del reddito; Inoltre, si veda L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali, e federalismo*, cit., 142 e ss., la quale evidenzia come il sistema italiano sia stato tradizionalmente orientato alla protezione del lavoratore, piuttosto che del cittadino, e caratterizzato dal ricorso a strumenti di tipo contributivo-assicurativo e da una peculiare frammentazione delle misure e degli strumenti, con coperture che si aggiungono o vengono estese categoria per categoria, in assenza di un disegno complessivo. L'A. individua gli elementi di contesto caratteristici del nostro sistema politico-amministrativo nell'inefficienza dell'amministrazione fiscale per cui il sistema "è (e viene percepito) come ingiusto sia nel momento in cui prende, sia nel momento in cui dà"; e nell'orientamento particolaristico-clientelare dei processi di decisione, tanto sul piano legislativo che dell'attuazione amministrativa, con l'effetto di creare ed accentuare disparità sia fra gruppi e categorie, sia fra territori. Sui fattori di crisi dello Stato sociale, anche G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, cit., 1073-1074, ove si afferma che la crisi è determinata (e le prestazioni pubbliche si muovono lungo direzioni incontrollate e incontrollabili) dalla crescente quota di risorse da destinare alle prestazioni sociali, con contestuale crescita della pressione tributaria e riduzione della

Al pari degli altri, anche il sistema italiano è chiamato a fronteggiare una complessità di fattori di cambiamento che intersecano il tema dei diritti sociali, che richiede oggi d'essere rivisto nel quadro della crisi dello Stato nazionale e, soprattutto alla luce del dominio dell'economia sui diritti.

In particolare, viene in rilievo la parabola discendente del neoliberismo europeo e gli effetti in termini di condizionamenti restrittivi sui sistemi di protezione sociale<sup>60</sup>.

---

quota di prodotto interno lordo da destinare all'investimento e quindi alla riproduzione della ricchezza, ed inoltre dalla crescente sfiducia nella capacità di redistribuzione dei pubblici poteri, atteso che le prestazioni si cumulano su determinati soggetti, mentre altri, più bisognosi, per deficit informativo, per storture normative, ne sono ordinariamente esclusi.

Sul tema, nella stessa direzione, B. G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, cit., 385-386.

60. La complessità degli assunti cognitivi e degli orientamenti normativi prodotti dalle correnti di pensiero riferibili al "neoliberismo", nell'ambito delle politiche pubbliche nazionali ed europee, non è in questa sede sintetizzabile, tuttavia, può utilmente richiamarsi la pregevole prospettiva d'indagine di M. FERRERA, *Trentanni dopo: il Welfare state europeo fra crisi e trasformazione*, in *Stato e mercato*, 2008, 41 ss., e nel più recente saggio *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, cit., 3 ss., ove – nella parte introduttiva – è messa in luce la nascita del nucleo centrale del neoliberismo nel corso degli anni Settanta, impernandosi sulla "fede" nelle capacità di autoregolazione del libero mercato e nella sua superiorità rispetto ad altri meccanismi allocativi e distributivi, che ispirano un nuovo discorso pubblico fortemente critico nei riguardi del Welfare state keynesiano, ritenuto all'origine di due forme di distorsioni-eccessi. Da un lato, una forma di eccesso di egualitarismo e di tassazione; dall'altro, una eccessiva burocratizzazione, troppo paternalismo e controllo sociale (Stato-mamma), una cultura assistenziale deresponsabilizzante, incentivi alla difesa di rendite corporative e comportamenti predatori nei confronti della spesa pubblica. (5). Per l'A. è riconoscibile una venatura antiWelfare: la penetrazione dei progetti neoliberisti nell'Europa continentale e nordica (in Italia, Lega Nord e Forza Italia negli anni Novanta sposano posizioni neoliberiste), e soprattutto l'approccio neoliberista della dimensione sovranazionale dei principali progetti europei evidenzia il fatto che «il discorso all'interno del quale venivano trattati, in quegli anni, i temi delle politiche sociali (un discorso sempre più dominato dalla comunità degli economisti, sia nelle organizzazioni internazionali sia nella stampa economicofinanziaria) era caratterizzato da una ben riconoscibile venatura antiWelfare: la protezione sociale era vista essenzialmente come costo, una sfera intrinsecamente basata su logiche opportunistiche, assistenziali e di irresponsabilità fiscale. Non a caso le espressioni più usate in relazione al Welfare nel dibattito (e nelle prescrizioni di policy) di quegli anni erano "contenimento dei costi", "ridimensionamento dello stato", "tagli".». A far data dagli anni Novanta, la riflessione dell'A. coglie i segni di specifiche dinamiche di revisione e di innovazione ideologica orientate a sviluppare un dibattito sui modelli di bilanciamento degli obiettivi economici e di quelli sociali all'interno dell'architettura istituzionale europea e degli ordinamenti interni (7-29): l'approdo è rilevato nell'affermazione di nuove sintesi ideologiche definite di "neowelfarismo liberale" che mantengono il nucleo centrale del "liberalismo" ossia la tutela della libertà negativa ma anche alcuni elementi centrali dei vari "liberismi" (come le nozioni di eguaglianza di opportunità, non discriminazione, individualità, efficienza del mercato ed economia aperta), includendo, tuttavia, al proprio interno anche elementi centrali della tradizione socialdemocratica (solidarietà, redistribuzione, inclusione, universalismo). Per l'A., allo stato, il potenziale trasformativo del neowelfarismo liberale continua ad essere fortemente vincolato dall'intransigenza rigorista delle autorità economiche europee e dalla strutturale debolezza della dimensione sociale comunitaria. Sul tema, si vedano anche B. CANTILLON, F. VANDENBROUCKE (a cura di), *For Better, for Worse, for Richer, for Poorer. Labour Market Participation, Social Redistribution and Income Poverty*, Oxford: Oxford University Press, 2013; A. EVERS, A.M. GUILLEMARD (a cura di), *Social Policy and Citizenship*, Oxford: Oxford University Press., 2012; HAUSERMANN S., *The Politics of Welfare State Reform in con-*

L'avvento di indagini sulle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale<sup>61</sup>.

Gli sviluppi delle teorie economiche e degli istituti giuridici che misurano la povertà e individuano la soglia generale al di sotto della quale occorre una forma di tutela del soggetto debole, insieme agli indicatori che misurano la situazione economica del singolo<sup>62</sup>.

---

*tinental Europe: modernization in hard times*, Cambridge, Cambridge University Press., 2010; C.A. LARSEN, J. GUOL ANDERSEN, *How new economic ideas changed integration and globalization*, in *Social Policy and Administration*, 2009, vol. 34, 44 ss.; P. MAGNETTE, *The fragility of liberal Europe*, in *European political science*, 2009, 190 ss.; S. MUDGE, *What is Neo-liberalism?*, in *Socioeconomic Review*, 2008, 703 ss.; C.F. SABEL, J. ZEITLIN (a cura di), *Experimentalist Governance in the European Union: towards a new architecture*, 2010, Oxford, Oxford University Press.; P. TAYLOR GOOBY (a cura di), *Welfare States under pressure*, 2001, London Sage.

61. Come osservato da C. PINELLI, "Social card" o del ritorno alla Carità dello Stato, cit., 1179, nell'ordinamento italiano, il tema della riforma della spesa sociale è affrontato con maggiore organicità a far data dai lavori della "Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale" (c.d. Commissione Onofri, istituita nel gennaio del 1997), nella cui relazione finale del 28 febbraio 1997 s'evidenzia il ruolo residuale della spesa per l'assistenza, considerata quantitativamente schiacciata da un sistema pensionistico ingombrante e iniquo, ed un sistema sanitario poco efficiente, oltre che incentrata su prestazioni monetarie di tipo passivo, che non dimostrano attitudine a risultati redistributivi, né a sollecitare recuperi di autosufficienza nei beneficiari. Nella *pars costruens*, la Commissione già individuava l'istituzione di un minimo vitale (o reddito minimo di inserimento) a favore dei soggetti con risorse inferiori ad una certa soglia di reddito, in allineamento con l'esperienza maturata nei paesi dell'area europea, da finanziare tramite norme più severe per l'accesso alle pensioni d'anzianità e senza incremento della spesa complessiva. Accanto a tale profilo, l'analisi si proponeva di migliorare i rapporti distributivi delle competenze tra centro e periferia, suggerendo trasferimenti statali per servizi erogati a livello locale, con la definizione della distinzione tra funzioni di direttiva, orientamento e programmazione riservate alla sfera statale, e la dimensione delle scelte gestionali affidate agli enti territoriali.

62. Si deve alla recente analisi di B. G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, cit., 380, l'aver rilevato che «sia che la qualificazione di povertà sia una qualificazione sufficiente per ottenere una prestazione, sia che l'ordinamento richieda ulteriori requisiti, in ordine ai destinatari delle funzioni amministrative in materia, il problema principale è quello di come si procede a questa qualificazione, cioè il problema della misurazione e della soglia di povertà». Sul punto, l'A. espone il calcolo della linea di povertà attraverso i due concetti (in rapporto biunivoco) di povertà relativa e povertà assoluta. Mentre la prima, quella relativa, esprime una situazione del singolo in rapporto ad altri soggetti considerati, ed esprime – nella sostanza – una misurazione della disuguaglianza piuttosto che della povertà, essendo individuata convenzionalmente nella metà della spesa media per consumi: «essa quindi varia in relazione ai consumi medi della popolazione: in Italia, nel 2010, la soglia è stata pari a 992 al mese. In base a questo criterio, in Italia, ci sono circa otto milioni di poveri, pari al 14% della popolazione o all'11% delle famiglie (in aumento rispetto all'anno precedente). La soglia arriva però al 25% in alcune regione meridionali. Ai poveri così calcolati, vanno aggiunti i "quasi poveri", che dispongono di una somma poco superiore a quella indicata. Le più esposte alla povertà sono le famiglie numerose e con una sola fonte di reddito» (381). La povertà assoluta, invece, dipende dai beni ai quali altri hanno accesso, essendo calcolata sulla base del costo di un paniere di beni ai quali, l'analisi del contesto storico e geografico, affida la soglia di vita dignitosa. Entrambe le categorie fanno riferimento ad indici o criteri di misurazione storicamente variabili, al pari degli strumenti necessari per misurare la situazione economica del singolo rispetto le due linee di povertà: allo stato ancora permane l'I.S.E.E. (art. 59, comma 51, l. n. 449/1997) quale indicatore della situazione economica equivalente, che misura il rapporto tra l'I.S.E.E., ossia l'indicatore della situazione economica del soggetto, e il parametro de-

Gli studi recenti sugli effetti di tensione tra federalismo ed uguaglianza, in termini di ricadute di disomogeneità rispetto gli obiettivi costituzionali di attuazione uniforme dei sistemi di protezione sociale, atteso che il legame tra principio di eguaglianza e senso di appartenenza alla medesima collettiva sovraindividuale è spezzato dal federalismo (fiscale) come fattore di rottura che può condurre all'effetto di valorizzare le provenienze territoriali dei singoli e le risorse dei livelli di governo, ed operare anche quale elemento di frammentazione sociale<sup>63</sup>.

Inoltre, come in parte accennato, assume rilievo la ricorrenza del termine di cittadinanza<sup>64</sup> – con il suo potere fortemente evocativo della condizione

---

sunto dalla c.d. Scala di equivalenza. In particolare, l'I.S.E.E. è il valore assoluto dato dalla somma dei redditi e dal 20% dei patrimoni mobiliari ed immobiliari di tutti i componenti del nucleo familiare. A seguito di presentazione di dichiarazione unica sostitutiva – all'ente che fornisce la prestazione agevolata, al Comune, al C.A.F., all'I.N.P.S. in via telematica – che ha valore giuridico annuale, il cittadino accede, a condizioni agevolate alle prestazioni sociali o ai servizi di pubblica utilità. Diffusamente, sul sito I.N.P.S. nella sezione Prestazioni a sostegno del reddito, ove è consentito immettere dati per una simulazione della propria soglia economica di eventuale povertà ed accesso ai beneficiari. Sulla disciplina I.S.E.E. quale espressione della potestà legislativa esclusiva dello Stato nel determinare i livelli essenziali delle prestazioni sociali in tutto il territorio nazionale cfr. Corte cost. 19 dicembre 2012, n. 296 e 297.

63. In argomento, F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, cit., soprattutto 258-261, e nella parte in cui (nota 15) si richiama il dato oggettivo del tasso di disuguaglianza nella distribuzione del reddito che caratterizza gli Stati a ordinamento centralizzato rispetto a quelli a ordinamento federale misurabili attraverso l'indice o coefficiente di Gini). Per l'A., pur assumendo tutte le cautele sulla comparabilità delle misurazioni relative ai vari Stati, «i dati asseriscono che c'è una differenza statisticamente significativa tra i paesi a struttura federale e quelli a struttura centralizzata, nel senso che i primi risultano maggiormente diseguali» (260). In tale cornice l'A. indaga fino a che punto le riforme costituzionali e legislative (e l'attuazione della l. n. 42/2009) abbiano – attualmente o in potenza – introdotto effettive differenziazioni nella condizione soggettiva del cittadino residenti nelle diverse regioni italiane. In tema, cfr. L. BOUTON, M. GASSNER, V. VERARDI, *The tragedy of the Commons or the Curse of Federalism*, in *Luxembourg Income Study Working Papers*, Maxwell School of Citizenship and Public Affairs, Syracuse University, n. 420, 2005.

64. Il riferimento è al dibattito avviato da F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà positiva*, Venezia, 1994, recentemente ripreso come pensiero giuridico in cui può rinvenirsi una forma di "utopia imperfetta" da A. ROMANO TASSONE, *"Il nuovo cittadino" di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia*, in *Dir. amm.*, 2008, 313 ss. Per quest'ultimo, il saggio di Benvenuti costituisce il principale esempio di utopia imperfetta elaborato dalla scienza giuridica italiana, intendendo per tale i modelli che pur possedendo i tratti salienti del disegno utopico, sono concepiti per operare direttamente all'interno della storia, ossia come fattore, e non come prodotto, di cambiamento. In tale direzione, è affermato che «il pregio delle "utopie imperfette", almeno dal punto di vista del giurista, consiste proprio nella loro "imperfezione", ovvero, più esattamente: nella loro attitudine a plasmarsi e riplasmarsi incessantemente, rinnovando e modulando il disegno ideale di cui si fanno portatrici, in tal modo ed al tempo stesso "aprendo" continuamente il sistema giuridico in cui sono inserite, di cui evitano così l'ossificazione e la sclerosi.» (321). Come noto, l'utopia di Benvenuti muove dall'articolazione di argomenti critici sulla democrazia rappresentativa e sulle cause e gli effetti dell'usura del rapporto di rappresentanza tra governanti e governati, che inverte le premesse per fondare – soprattutto sul principio di sovranità popolare – una forma superiore di democrazia definita demarchia contrassegnata da una particolare posizione di libertà del cittadino, definita libertà attiva, su cui innesta l'inquadramento delle questioni classiche del diritto amministrativo.



di appartenenza ad una comunità e soprattutto indicativo di uno status giuridico – che incide sull'accentuazione del riconoscimento di diritti e bisogni individuali che non superano il riferimento a categorie d'appartenenza, e che segnano un'inversione nella precedenza del primato costituzionale della persona umana rispetto alla posizione del cittadino<sup>65</sup>.

Ciascuno di questi fattori ha concorso alla progressiva alterazione del contesto di riferimento dei diritti sociali, sul piano dell'ordinamento interno e sovranazionale, risultando esposti progressivamente – come i territori, gli individui, i gruppi sociali, le forze economiche, e la società complessivamente intesa – ad un inedito insieme di rischi ed opportunità<sup>66</sup>.

A fronte di tali trasformazioni, nondimeno, l'elemento ulteriore che va richiamato – che assume una valenza pregnante dominante su tutti gli altri – è la dequotazione dello Stato nazionale come soggetto decisore e attore delle politiche sui bisogni sociali.

Già da tempo, questo dato è al centro delle riflessioni che colgono la torsione del sistema dei diritti sociali, incardinati in una trama variegata di dichiarazioni, convenzioni, e trattati internazionali e comunitari<sup>67</sup>, e di politiche

65. Sul tema della cittadinanza e dei diritti sociali, si sofferma, in particolare, A. MASSE-RA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, cit., 3, per il quale l'ambiguità dell'impiego del termine nel campo dei diritti sociali, nella sua connotazione destinata a definire il vincolo dell'individuo con l'organizzazione politica titolare dei poteri connessi con la sovranità su un territorio (in forza di un legame costruito sulla primazia riconosciuta allo *jus sanguinis* e sull'appartenenza nazionale) ha tradizionalmente esercitato una portata escludente nei confronti dello straniero, pur riconoscendo il ruolo stabilizzatore della Corte costituzionale che a far data dalla sentenza n. 25/1966 (e poi con le successive n. 120/1967; n. 62/1994; n. 432/2005; n. 306/2008) ha sancito il superamento della distinzione tra cittadini italiani e cittadini di paesi stranieri in ragione del divieto di discriminazione anche sul piano del riconoscimento e dell'esercizio dei diritti sociali. Ad avviso dell'A., la cittadinanza sarebbe una nozione che riemerge «con la durezza che le conferiscono la storia e la tradizione nei momenti o nelle vicende per le quali la pressione del mutamento diviene più intensa e viene percepita come fattore di rischio per l'identità della comunità originaria, pure laddove vi è un orientamento ad abbandonare la rigida concezione etnica a favore di una fondata sull'assimilazione valoriale». In ambito costituzionale il dibattito sullo statuto del non cittadino e le influenze del titolo e della durata del rapporto con lo Stato e la comunità quali elementi che consentono una parziale differenziazione nel godimento dei diritti sociali. In tal senso, anche per i riferimenti bibliografici, si veda C. BUZZACCHI, *Cittadinanza e liveas*, in *La tutela multilivello dei diritti sociali*, E. BALBONI (a cura di), cit., 345 ss.; B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, (Relazione al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 16–17 ottobre 2009); F. BIONDI DAL MONTE, *Lo Stato sociale di fronte le migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, cit.

66. Cfr. M. FERRERA, *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, cit., 13.

67. Sul punto, come noto, in parallelo alle vicende dei tentativi di costituzionalizzazione dell'UE e del varo della Carta dei diritti fondamentali arricchita dei diritti sociali, si è dibattuto della loro tutela anche nel Consiglio d'Europa e, in generale, nell'ambito degli strumenti internazionali sui diritti umani. Coglie il "diverso" trattamento dei diritti sociali sul piano internazionale A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 13-14, nella parte in cui rileva che «proprio mentre alcune democrazie occidentali del secondo dopoguerra (Italia in testa) procedevano alla nobilitazione dei diritti sociali, elevandoli da meri "diritti legali" a "diritti costituzionali", sul piano internazionale le stesse democrazie assegnavano rango e stru-



stabilite a vari livelli di governo, per effetto dell'apertura dello stato nazionale verso la dimensione sovranazionale ed, al suo interno, verso i sistemi locali.

Ne deriva un'erosione dello Stato come centro unico di riconoscimento e di tutela dei diritti, che può essere spiegata come conseguenza della globalizzazione giuridica ed economica, ovvero può essere letta come dispersione o diffusione della sovranità in altri centri di potere<sup>68</sup>.

In ogni caso, deve osservarsi come è cambiato il ruolo dello Stato sociale, che non si configura quale ente generale di legislazione, né quale ente generale di amministrazione, anche facendo riferimento, nell'ordinamento interno, alle materie tipiche del Welfare ed alla loro distribuzione tra Stato e Regioni, e considerando il sistema in base anche agli effetti spontanei che possono derivare dai meccanismi della sussidiarietà orizzontale<sup>69</sup>.

---

menti operativi ben distinti a tali famiglie di diritti. Sul piano internazionale, in altre parole, non si è avuto quel fenomeno di "costituzionalizzazione dei diritti sociali, diversamente da quanto avvenuto per molte Costituzioni nazionali. O meglio, lo si è avuto, ma "a metà". Anche ai diritti socio-economici, infatti, viene riconosciuta una garanzia internazionale, ma all'interno di trattati distinti. Il Patto sui diritti politici e civili, da una parte, e il Patto sui diritti sociali economici e culturali, dall'altra; la CEDU, da una parte, e la Carta sociale europea, dall'altra. Il che ha significato assegnare ai diritti sociali non tanto un differente rango nella gerarchia delle fonti internazionali, bensì un differente statuto operativo. Norme prescrittive per i diritti di libertà e norme programmatiche per quelli sociali, ricorsi individuali dinanzi a un "vero" giudice e meri rapporti governativi periodici dinanzi a comitati di esperti indipendenti privi del potere di emanare decisioni vincolanti contro gli Stati. Laddove poi, si è faticosamente riuscito ad aumentare la giustiziabilità internazionale dei diritti sociali introducendo il ricorso individuale dinanzi al Comitato delle Nazioni unite sui diritti economici, sociali e culturali, la prudenza degli Stati ha, finora, impedito, l'entrata in vigore di una simile epocale riforma». Per un approfondimento dei diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea come percorso ancora incompiuto, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, F. A. CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, cit., soprattutto 89 ss., ove si evidenzia che l'obiettivo delle politiche perseguite sul piano sovranazionale è rappresentato da alcuni interessi sociali, come l'occupazione, la protezione sociale, il dialogo tra le parti sociali, ma sembra trascurare la protezione dei diritti sociali come situazioni giuridiche soggettive in sé e per sé considerate, poiché quest'ultimi sono considerati ancora diritti statali, rispetto ai quali le istituzioni comunitarie non si propongono di adottare interventi diretti, ma di tenerne conto nella realizzazione degli obiettivi d'integrazione europea. Inoltre, *ex multis*, sulla diverse fasi del riconoscimento, quale fonte del diritto nell'ordinamento interno, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e della Convenzione di Aarhus, si veda, il recente lavoro di M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, soprattutto 187 ss.

68. In questi termini, M. MACCHIA, *op. ult. cit.*, 325.

69. *Ex multis*, sulle tabelle competenziali contenute nell'art. 117 Cost. e sulle ricadute rispetto al sistema dei diritti sociali, cfr. G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, suppl. fasc. 1, 2002, 2 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.*, in *Sanità pubblica e privata*, 2002, 1025 ss.; C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m. Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 332 ss.; Id., *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 396 ss.; R. BIFULCO, *"Livelli essenziali", diritti fondamentali e statuti regionali*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), in *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003, 122 ss.; A. D'ALOIA A., *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1068 ss.; SIMONCINI A., *Non c'è alternativa*

Nella sfera nazionale, accanto ai profili descritti, un ulteriore mutamento riguarda i diritti sociali e consiste nelle peculiari forme di protezione che – in un cammino ancora in parte da compiersi in base al disegno di tutela offerta dalla Carta costituzionale – si articolano nello strumento, affidato al legislatore statale, della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali (*ex art. 117 comma 2 lett. m*); nel potere sostitutivo dello Stato nei confronti di regioni, province e comuni (*ex art. 120, comma 2, Cost.*); e nella possibilità per il legislatore statale di istituire un fondo perequativo per i territori con minore capacità fiscale per abitante, e di destinare risorse aggiuntive per interventi selettivi per promuovere coesione e solidarietà sociale, e favorire in tal modo l'esercizio dei diritti della persona (*ex art. 119, commi 3 e 5 Cost.*)<sup>70</sup>.

Ritorna, dunque, in termini generali, il tema del rapporto, o meglio della tensione fra federalismo e uguaglianza, quale aspetto di primario rilievo per ogni discorso costituzionalmente orientato sui diritti sociali, che richiede una lettura della stagione inaugurata dalla riforma del Titolo V che deve attendere e fondarsi sui futuri risultati attuativi di tali correttivi rispetto gli emergenti squilibri territoriali<sup>71</sup>.

---

*alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e "livelli essenziali" delle materie regionali, in Le Regioni, 2006, 199 ss.; E. FERIOLI, Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e uguaglianza, in Le Regioni, 2006, 224 ss.; G. GUIGLIA, I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa, Padova, 2007; E. BALBONI, Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali, cit., 3 ss.; A. MARZANATI, Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l'assistenza sociale, cit.; C. IANNELLO, La funzione normativa dello Stato. La tutela delle esigenze unitarie e la tutela "uguale" dei diritti dei cittadini alla luce della giurisprudenza costituzionale, cit., 29 ss.; O. RAGOZZINO, Linee di attuazione del nuovo Titolo V in materia di sanità, cit., 293 ss.; A. DI NUZZO, Linee di attuazione del nuovo Titolo V in materia di servizi sociali, cit., 343 ss.; C. TUBERTINI, Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute, Bologna, 2008; E. LONGO, I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale, in Giur. cost., 2010, 164 ss.; L. R. PERFETTI, Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità, cit. Inoltre, si veda altresì, L. TORCHIA (a cura di), Welfare e federalismo, cit.; Id., Welfare, diritti sociali e federalismo, cit., 142 ss., ove richiama alla potestà legislativa esclusiva statale le norme generali sull'istruzione e la previdenza sociale; alla potestà concorrente, la previdenza complementare e integrativa, l'istruzione, la tutela della salute; alla potestà regionale residuale, l'assistenza e la beneficenza, oltre le quali si stagliano i titoli o meglio le clausole generali per interventi di tipo generale e trasversale, tra cui l'ordinamento civile, la tutela della concorrenza, la determinazione delle funzioni fondamentali degli enti locali, e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ferma la potestà regolamentare dello Stato solo nelle materia di legislazione esclusiva, e il sistema di distribuzione delle funzioni amministrative allocate a livello comunale, salva la dimensione ascensionale della funzione per sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. In questo quadro, per l'A., ancora di più può affermarsi che i diritti sociali prescindono dal territorio.*

70. Per la complessità costituzionale del ruolo dello Stato sui diritti sociali, nella ricca letteratura, si veda A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare state*, cit., 1 ss.; E. BALBONI (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, cit.; L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit.

71. Sul punto, cfr. F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, cit., 263.

Alla luce degli elementi fin qui richiamati, occorre valutare la distinzione ed il contenuto sostanziale delle tante forme possibili di attuazione dei diritti sociali, che tracciano un campo assai variegato e mutevole nel tempo e nello spazio. Qui, infatti, alla luce degli elementi fin qui richiamati, occorre tener conto dei limiti evidenti della legislazione e delle forti resistenze che interessano ancora i diritti sociali, forse più che in passato, che ne segnano la dequotazione da “diritti costituzionali” a meri “diritti legali”; ciò appare evidente, soprattutto, sul piano della legislazione, ove diventano immediatamente percepibili le “fughe” dalla “sovranità” dei diritti sociali, amplificate (o implicitamente necessitate) dall’ingovernata crisi economica e finanziaria degli Stati, e dalla considerazione di tali diritti come pretese di prestazioni pubbliche.

Ancora una volta, riemergono viepiù le ragioni della ricerca sul fondamento dei diritti sociali.

#### **4. La tutela dei diritti sociali tra giudice ordinario e giudice amministrativo. L'avvento del primato del giudice amministrativo e l'applicazione diretta della Costituzione e dei diritti sociali**

Accanto al ruolo della Corte costituzionale, sulle questioni di riparto delle competenze tra Stato e Regioni nella materia dei livelli essenziali, nell'ambito delle quali rilevano le statuizioni in ordine al riconoscimento ed agli ambiti di attuazione dei diritti sociali (mediante tecniche di bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, e comprese ampiamente le esigenze di finanza pubblica), si affianca il rilievo della giurisprudenza ordinaria ma, soprattutto, l'intervento (più recentemente incisivo) della giurisprudenza amministrativa, a cui si deve un contributo incessante, anche se caratterizzato da una parziale frammentarietà degli orientamenti, in occasione di asserite lesioni dei diritti sociali da parte di privati o di pubbliche amministrazioni.

Su tali profili, nel dibattito, l'oscillante inquadramento dei diritti sociali in termini di situazioni giuridiche soggettive ha portato con sé la variabile del giudice da considerare competente per la tutela, anche in relazione alla prospettiva della controversia dal lato del diritto o dell'esercizio del potere (in tal senso, parte della dottrina ha definito il fenomeno della sovrapposizione dei due giudici quale pendolarismo mutevole ed ideologico)<sup>72</sup>.

Da un lato, dunque, il giudice ordinario, al quale si deve lo sforzo, soprattutto a far data dalla metà degli anni Sessanta, di assicurare al diritto alla salute, ai diritti dei più deboli, come quelli dei minori, dei disabili, degli stranieri, una tutela piena ed immediata di fronte ad una omissione o ad un'azione dell'amministrazione, persino conforme al dettato legislativo, indipendentemente

72. L'espressione è di R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., 253.

quindi dal controllo del rapporto di corrispondenza fra azione amministrativa e legge.

Le più recenti riflessioni della dottrina mettono in luce il rilievo della ricostruzione dei diritti sociali come «diritti a nucleo rigido che non tollerano compressioni né da parte dell'amministrazione, né da parte del legislatore, stante la forza che ricavano dal diretto aggancio con la Costituzione», che ha, appunto, consentito «al giudice ordinario di assicurare ad essi un adeguato strumentario di garanzie attraverso l'ampio impiego della tutela cautelare e l'esercizio di poteri conformativi nei confronti delle amministrazioni coinvolte, che sono state condannate a rimborsare (spese sanitarie), a rimuovere (impianti, apparecchi, macchinari), a fare (sostegno alla didattica), ecc...e senza i confini imposti da un potere che non circoscrive gli strumenti giudiziari, perché non c'è», secondo la teoria dei diritti incompressibili, e la conseguente sottrazione delle controversie al giudice amministrativo a favore del giudice ordinario<sup>73</sup>.

Invero, deve affermarsi che il giudice ordinario, in costante dialogo con la Corte costituzionale, ha contribuito in modo decisivo a far vivere – nell'esperienza giuridica – le pretese fondate sui diritti sociali costituzionalmente garantiti<sup>74</sup>.

Mentre, il giudice amministrativo, per le caratteristiche del suo sindacato e il limitato (fino ad un recente passato) strumentario a disposizione, ha offerto una tutela sostanzialmente minoritaria ai diritti sociali: gli aspetti significati riguardano, infatti, la struttura del sindacato giurisdizionale di legittimità, che ricostruisce la questione controversa a partire dal potere ed individua il parametro per risolverla unicamente sul versante della disciplina del suo impiego, per cui il giudice amministrativo «nell'operazione ricognitiva delle regole da applicare al sindacato sull'esercizio del potere, non presta attenzione al modo in cui l'ordinamento, Costituzione compresa, ha garantito la posizione soggettiva contrapposta, ma si volge a cercare nella disciplina della potestà amministrativa i riferimenti su cui poggiare la decisione», e per questa via, sono propriamente «le regole sull'amministrazione

73. Cfr. A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, cit., 66-67. In ordine ai riferimenti giurisprudenziali, a far data dalla nota Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, *ex multis*, si vedano Cass. Civ., sez. un., 20 febbraio 1992, 2092; Cass. Sez. un., 8 agosto 1995, n. 8681; e più recentemente Cass. Civ. sez. un., 13 giugno 2006 nn. 13659 13660; Cass. Sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461; Cass. Sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735; Cass. civ. sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2867.

74. Sulle modalità attraverso le quali i giudici ordinari hanno contribuito all'effettività dei diritti sociali, A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 51, evidenzia, da un lato, l'impiego diretto di una norma costituzionale in carenza di una previsione legislativa idonea a risolvere il caso controverso e, dall'altro, la c.d. interpretazione adeguatrice, attraverso la quale le legge, anche attributiva e regolativa del potere amministrativo, viene riletta alla luce della Costituzione, oltre il tenore letterale delle disposizioni. In argomento, v. i recenti lavori di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012; e F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011.

e la sua azione, anche quando fissate con legge a fare da schermo alla tutela costituzionale dei diritti»<sup>75</sup>.

Con la conseguenza che i diritti costituzionali, lesi dal mancato o illegittimo esercizio di un'attività dell'amministrazione, sono stati intesi come interessi legittimi, nella cornice della negazione da parte del giudice amministrativo della pienezza della tutela delle pretese concrete ricondotte allo specchio delle scelte dell'amministrazione sull'organizzazione e sul funzionamento dei servizi, dequotate sotto il profilo dell'essenzialità e dell'inviolabilità che le caratterizza<sup>76</sup>.

Tuttavia, in sede di giurisdizione amministrativa esclusiva, devono rilevarsi alcune significative decisioni in cui il giudice amministrativo ha reso una piena ed effettiva garanzia ai diritti sociali costituzionalmente garantiti, mediante un'interpretazione adeguatrice ovvero l'impiego diretto di una norma costituzionale in carenza di una previsione legislativa idonea a risolvere il caso controverso.

In tal modo, si è realizzata la condanna della pubblica amministrazione ad aumentare il numero delle ore di sostegno a favore di un'alunna disabile, pur essendo il limite, e per converso, la prestazione da assicurare al soggetto protetto, rigidamente fissata dalla disciplina positiva ed osservata dall'esercizio controverso del potere amministrativo<sup>77</sup>; ancora, nel noto caso di Eluana Englaro, è stato dichiarato illegittimo il diniego di accoglienza presso una struttura del servizio sanitario, richiesta al fine di ottenere assistenza piena negli interventi e nelle prestazioni strumentali ad accompagnare il soggetto nella sospensione dei trattamenti medici quale espressione del suo diritto di autodeterminazione in materia di salute, e in mancanza di una disciplina che espressamente stabilisca la doverosità dell'amministrazione sanitaria di provvedere non in positivo, per il tramite delle cure mediche, ma in negativo, per consentire l'esercizio del rifiuto di cura<sup>78</sup>.

Ferme queste osservazioni, sotto diverso profilo, la struttura costituzionale dei diritti sociali e la correlazione con i poteri pubblici funzionalizzati all'effettività dell'esercizio, consente di esporre il convincimento che il protagonista del momento del controllo è anche il giudice amministrativo, e ciò in ragione del legame costituzionale tra i diritti sociali e i livelli essenziali delle prestazioni, poiché è praticamente scontato misurarsi con quella parte dell'esercizio del potere pubblico rivolta alla soddisfazione delle situazioni giuridiche soggettive per le quali, si renda necessario l'intervento dell'amministrazione, come prestatore ovvero regolatore.

75. Cfr. A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 59 e 64.

76. In senso conforme, F. MARTINI, *Poteri e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 394 ss.; ed altresì M. MAGRI, *L'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 130 ss.

77. Cfr. T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, n. 1183 del 2010.

78. Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 214 del 2009.

Rispetto a tale contesto definitorio, dal punto di vista della tensione tra diritti sociali e potere amministrativo, mentre, in passato, il condizionamento finanziario delle risorse disponibili incideva sulla riduzione contenutistica del diritto tutelato<sup>79</sup>, vi sono state pronunce nelle quali la riduzione della spesa pubblica e la garanzia dei livelli essenziali hanno trovato contemperamento: ad esempio, nella previsione legislativa della sostituibilità, ai fini del rimborso, dei farmaci specifici con i generici equipollenti<sup>80</sup>; nella prevedibilità della esclusione del rimborso per le prestazioni caratterizzate da inappropriata presunta o probabile<sup>81</sup>; nella partecipazione dell'utente ai costi della prestazione, escludendo così dai livelli essenziali la necessaria gratuità del servizio<sup>82</sup>.

Da un lato, in termini generali, il giudice amministrativo, dinanzi ai livelli essenziali, già da tempo, ha chiarito lo scopo e la forza giuridica della loro individuazione normativa, statuendo che «è la natura stessa dell'atto di definizione dei predetti livelli essenziali di assistenza, quale momento di sintesi dei contrapposti interessi pubblici in gioco (per un verso la tutela del diritto (..) nel rispetto dei principi di uguaglianza, solidarietà, equità e della dignità umana, e per altro verso, l'invalidabile limite della concreta disponibilità finanziaria), ad imporre che essi abbiano veste legislativa, espressione della contrapposizione dialettica tra le forze parlamentari di maggioranza e di opposizione rappresentativa di tutti i cittadini e perciò unico strumento idoneo ad assicurare il giusto contemperamento degli interessi in gioco e a conseguire l'effettivo interesse pubblico.»<sup>83</sup>

Dall'altro, sul versante finale dell'attuazione dei diritti sociali, il giudice amministrativo ha assunto un ruolo di primario rilievo nell'interpretare le fonti legislative e regolamentari sui livelli essenziali dei diritti sociali, sugli obblighi ricorrenti in capo alle amministrazioni, e sugli spazi di discrezionalità che tali diritti mantengono in capo a quest'ultime.

In particolare, secondo l'avviso del giudice amministrativo, non rimane conculcato il diritto al lavoro nei confronti di tutti i cittadini o la promozione, in egual misura per tutti, delle condizioni che lo rendano effettivo, per l'osservazione che il radicamento del cittadino disoccupato maggiorenne in un territorio definito "depresso" giustifica l'erogazione dei finanziamenti (*ex d. lgs. n. 185/2000*) che altrimenti non sarebbero giustificabili in favore del soggetto residente in territorio non depresso e che non si troverebbe, pertanto, in una situazione svantaggiata per rimediare al suo stato di disoccupazione, e che

79. Cfr. T. A.R. Lazio, sez. III-ter, n. 6252, n. 10101, n. 11734 del 2002, nonché n. 4690, n. 9852, n. 10565, n. 12926 del 2003.

80. Cfr. Cons. St., sez. V, n. 7025 del 2010.

81. Cfr. Cons. giust. amm. per la regione Sicilia, n. 645 del 2010.

82. Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 228 del 2004; T.A.R. Lazio, sez. III-ter, n. 999 del 2007.

83. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 398 del 2004.

non v'è violazione del principio di eguaglianza nel richiedere – tra i requisiti stabiliti – la residenza da almeno sei mesi nella località agevolata<sup>84</sup>.

In materia di disabilità minorile e di servizi relativi allo studio, è stata considerata la natura fondamentale del diritto, tale da non consentire “alcuna elasticità nell'erogazione delle prestazioni”, restringendo fortemente l'ambito del potere amministrativo<sup>85</sup>, anche in relazione al riconoscimento del diritto dello studente portatore di handicap al servizio di trasporto gratuito dall'abitazione alla sede della scuola secondaria superiore<sup>86</sup>; ed, altresì, del diritto all'assegnazione delle ore di sostegno, anche se nella cornice organizzativa di carenze in organico di personale adeguato, da potere superare con le compensazioni organizzative tra province<sup>87</sup> e comunque con la possibilità di assumere insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti-alunni per realizzare la prestazione di sostegno al servizio del diritto all'integrazione scolastica<sup>88</sup>.

Inoltre, si è statuito il dovere delle università di porre in atto tutti gli strumenti per consentire l'accesso ai posti vacanti – mediante lo scorrimento della graduatoria o l'accettazione della richiesta di trasferimento dello studente – laddove il numero degli iscritti ad un corso universitario è inferiore al numero dei posti disponibili<sup>89</sup>; ed, ancora, la legittimità dell'accesso programmato ai corsi di laurea e ai corsi di laurea specialistica dell'area sanitaria, tuttavia, non sul fondamento finalistico alla qualità del servizio sanitario in ragione del contingente di personale medico qualificato da destinarvi, ma sul rilievo del perseguimento della qualità del servizio pubblico di istruzione universitaria, in base alle strutture disponibili, i mezzi e le modalità d'apprendimento<sup>90</sup>.

In ordine alle controversie relative all'applicazione dei benefici stabiliti dalla l. n. 104 del 1992, s'è affermato il diritto del pubblico dipendente di potere usufruire dei permessi e del regime giuridico del rapporto di lavoro connesso all'assistenza ai familiari disabili, a prescindere dall'esclusività e conti-

84. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, n. 5674 del 2013.

85. Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, n. 581 del 2010. Contengono in due casi simili, il medesimo percorso argomentativo fondato sugli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e sul contenuto dei diritti fissati nella Carte internazionali anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, nn. 1488 del 2010, e 362 del 2011, ed inoltre Cons. St., sez. V, nn. 1607 e 5185 del 2011.

86. Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, n. 167 del 2006.

87. Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, n. 71 del 2009.

88. Cfr. T.A.R. Campania, sez. IV, n. 17222 del 2010, e Cons. St., sez. VI, n. 1134 del 2005.

89. Cfr. T.A.R. Sicilia, sez. II, n. 159 del 2009.

90. Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 1931. Sul tema cfr. C. giust. UE, sez. Grande, 13 aprile 2010 (causa c 73/08), con nota di S. Foà, *Numero chiuso universitario in area medica e quote riservate per residenti: la previsione deve essere indispensabile per la qualità del servizio pubblico sanitario*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2010, 1807 ss.; sul condizionamento dei mezzi tecnici e delle risorse umane degli atenei, già Corte cost. 27 novembre 1998, n. 383, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 864 ss, con nota di G. GRECO, *Riserva relativa di legge e criteri (impliciti) desunti dalla normativa comunitaria: il caso del numero chiuso alla facoltà di medicina*.



nuità dell'assistenza<sup>91</sup>; ed altresì è stata pronunciata l'illegittimità della richiesta da parte dell'ente locale della quota di compartecipazione della prestazione sociale al genitore per l'inserimento di due figli maggiorenni, disabili gravi, presso un'unità d'offerta residenziale, in ragione della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi sociali, e della relativa disciplina regionale che si riferisce ed assegna rilievo alla situazione patrimoniale e reddituale della sola persona assistita<sup>92</sup>, ovvero per l'immediata portata precettiva della disciplina nazionale che limita l'ambito di applicazione dell'ISEE familiare (cfr. art. 3, comma 2-ter d. lgs. n. 109 del 1998, come modificato dall'art. 3, comma 4 d. lgs. n. 130 del 2000)<sup>93</sup>.

In materia di salute, il giudice amministrativo ha statuito l'illegittimità del rifiuto amministrativo del rimborso delle cure mediche all'estero nei casi in cui la prestazione richiesta sia autorizzabile ai sensi della normativa di riferimento<sup>94</sup>; ed inoltre, in sede cautelare, è stato posto a carico dell'A. s. l. la somministrazione gratuita di un farmaco ancora non inserito nel prontuario farmaceutico dell'AIFA<sup>95</sup>.

Sulla distinzione tra attività sanitaria *intra* o *extra moenia*, s'è affermata l'illegittimità della delibera di giunta regionale a mezzo della quale si è disposto un *ticket* aggiuntivo sulla libera professione *intra moenia*, pur non rientrando nei livelli essenziali di assistenza LEA garantiti dal S.S.N. alla generalità dei cittadini, ritenendo che l'attività intramuraria – quale attività libero professionale – sia distinta dall'offerta sanitaria istituzionale che garantisce i LEA (con la conseguente inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 1, comma 796, lettera p-bis, punto 2, legge 296/2006), con l'effetto di considerare la misura del *ticket* un ulteriore costo che sarebbe già interamente a carico dell'utenza, e con il riconoscimento del rilievo dell'interesse dei medici a ripristinare il confronto concorrenziale con coloro che prestano la propria opera privatamente, confronto mutilato dall'introduzione del contestato prelievo coattivo nella misura del 29 % del costo di ogni singola prestazione<sup>96</sup>.

Inoltre, s'è affermata l'illegittimità del decreto dell'Assessore Regionale della Salute, recante gli indirizzi per la riorganizzazione ed il potenziamento della rete regionale di residenzialità per i soggetti fragili, e del conseguenziale atto applicativo dell'Azienda Sanitaria Provinciale, nella parte in cui impone la sottoscrizione all'assistito o al suo tutore della dichiarazione di impegno alla corresponsione della quota parte della retta a proprio carico, predeterminata

91. Cfr. T.A.R. Umbria, sez. I, n. 160 del 2013. Sul regime dei benefici della l. n. 104 del 1992, prima delle modifiche di cui alle leggi nn. 53/2000 e 183/2010, e sui requisiti della continuità ed esclusività assistenziale sull'invalide familiare, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, n. 4880 del 2013.

92. Cfr. T.A.R. Lombardia, sez. III, n. 1571 del 2013.

93. Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 3056 del 2012.

94. Cfr. Cons. St., sez. V, n. 3175 del 2001.

95. Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, ord. n. 791 del 2008.

96. T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, n. 18 del 2013.

ed imposta indipendentemente dalla situazione economica e dalla capacità contributiva del singolo cittadino utente, e nella parte in cui statuisce di riversi, nel caso in cui l'ospite non sia in grado di far fronte alla quota di diaria a suo carico, nei confronti dei familiari tenuti all'obbligo degli alimenti ai sensi dell'art. 433 del codice civile, secondo la capacità contributiva.

In particolare, ad avviso del giudice amministrativo, la generica clausola «fatta salva la compartecipazione da parte dell'utente prevista dalla disciplina regionale e comunale» (contenuta nell'atto statale d'indirizzo, d.p.c.m. 14 febbraio 2001) non consente un potere di traslazione sull'utente dell'intera quota di competenza di uno dei due soggetti pubblici tenuti (Comune, o Regione): interpretata alla luce del sistema, consentirebbe che una parte di detta quota (o, in ipotesi, una parte di entrambe), possa gravare sull'utente, in ragione della capacità reddituale di quest'ultimo. E ciò alla luce di una interpretazione costituzionalmente (art. 32 Cost.) e convenzionalmente (artt. 3, 25 della Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità, ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 18) orientata secondo cui «in materia, per un verso – con riferimento al profilo oggettivo del quantum dell'eventuale compartecipazione – va richiamato (..) il principio, espresso dalla consolidata giurisprudenza della Sezione in materia di garanzia dell'effettività del diritto allo studio dei soggetti disabili, per cui la discrezionalità dell'amministrazione nell'allocatione delle risorse (e, dunque, anche in materia di piano di rientro) trova un ostacolo, in materia di diritti fondamentali nell'esigenza di assicurare l'effettività della tutela (da ultimo, *ex multis*, sentenza n. 2420 del 2012).»<sup>97</sup>

Ancora, al cospetto del diritto del minore – affetto da disturbo generalizzato dello sviluppo – all'integrazione scolastica, in base al piano educativo individualizzato (p.e.i.), s'è affermata la competenza in materia del comune, per effetto delle disposizioni di cui agli artt. 42 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 e 139 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, cui spetta pertanto di provvedere, restando in capo alle aziende sanitarie locali un compito di puntuale collaborazione, escludendo l'obbligo d'azione del Ministero dell'Istruzione (dai suoi organi periferici e dalle istituzioni scolastiche) per quanto riguarda l'assistente integrativo e la fornitura dell'attrezzatura specifica richiesta (*smart table*)<sup>98</sup>.

Le risposte di tutela elaborate dal giudice amministrativo – qui evidenziate in modo sintetico e non esaustivo – mostrano un nuovo corso di contenuti, nei quali assume rilievo la fattispecie concreta dei diritti sociali in termini di effettività, atteso che, sul piano sostanziale, tali diritti costituzionali si configurano, di frequente, correlati a *rapporti di diritto pubblico* e, sul piano della tutela

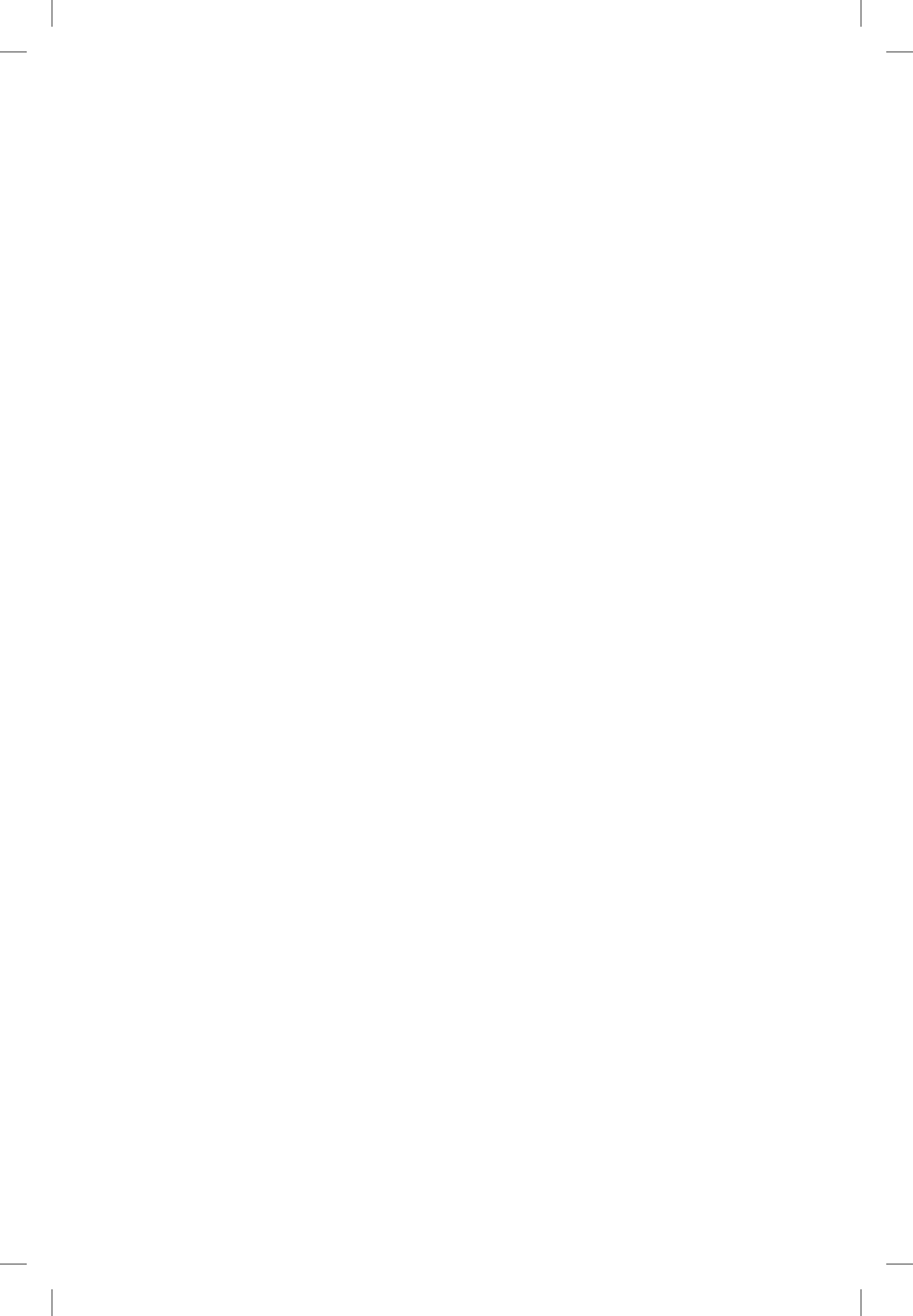
97. Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, n. 2509 del 2012.

98. Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5194 del 2012.

giurisdizionale, emergono, generalmente, come *controversie di diritto pubblico*<sup>99</sup>, nelle quali rilevano quali posizioni giuridiche costituzionalmente protette di diritto soggettivo.

---

99. Per tali nozioni, ed in generale sul potere amministrativo nell'ordinamento costituzionale, e sulla soggezione dell'amministrazione alla giurisdizione, in modo più netto rispetto al principio, pur presente e radicato nella tradizione della soggezione dell'amministrazione alla legge, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, cit., 33 ss.



## CAPITOLO III

### *I diritti sociali e i compiti dell'autorità*

SOMMARIO: § 1. I diritti sociali e i compiti dell'autorità. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e la giurisdizione – § 2. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e la legislazione – § 3. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e l'amministrazione. Il regime giuridico delle prestazioni – § 3.1. La sovranità dei diritti sociali e il potere amministrativo. Gli spazi della discrezionalità amministrativa – § 4. La continuità degli elementi di debolezza giuridica dei diritti sociali, il ruolo dell'Amministrazione e i fenomeni di dequotazione dell'effettività – § 4.1. La questione della convergenza dei diritti sociali affidata al potere amministrativo – § 4.2. Diritti sociali, Amministrazione e principio di sussidiarietà "sociale".

#### **1. I diritti sociali e i compiti dell'autorità. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e la giurisdizione**

L'indagine fin qui condotta consente di affrontare la questione che ci si era proposti, vale a dire – una volta assunta l'impostazione per la quale i diritti sociali sono diritti fondamentali – verificare se l'impostazione teorica trovi riscontro, ed in quale misura, nella reale sostanza dell'ordinamento.

Infatti, è ben noto che l'idea della riconduzione dei diritti sociali ai diritti fondamentali soffre l'obiezione per la quale questa configurazione teorica – pur coerente con il dettato costituzionale – non offra una spiegazione adeguata della dimensione d'effettività di tali diritti nell'ordinamento.

Nel primo capitolo, si è posta in luce l'intensità dell'ampio dibattito sul percorso d'affermazione dei diritti sociali nell'ordinamento, evidenziando come la riflessione dei teorici appare – inadeguatamente – incentrata sulla ricerca della soluzione per coniugare l'immagine costituzionale dei diritti sociali con lo statuto variegato e quasi inafferrabile dei diritti, se considerati dal lato dell'autorità.

Ai nostri fini, limitatamente entrando nel dibattito, si sono illustrate le ragioni per le quali si è ritenuto di aderire a quelle ricostruzioni che, pur muovendo da differenti base teoriche, affermano l'equiordinazione tra le tradizionali libertà e i diritti sociali, come diritti fondamentali in quanto intimamente correlati al primato della persona ed elementi costitutivi della sua struttura,

ovvero per ragione dell'essere la sovranità popolare il fondamento unico dei diritti sociali come porzioni, appunto, di detta sovranità.

Nel secondo capitolo, l'affermazione dei diritti sociali come diritti fondamentali ha incluso nella ricerca quattro nodi tematici fra loro connessi, che si è ritenuto opportuno trattare separatamente per ordine metodologico, al fine di cogliere ulteriori elementi qualificanti alla definizione proposta, in base all'approfondimento del dibattito in seno all'Assemblea costituente e la costituzionalizzazione dei diritti sociali, degli orientamenti della giurisprudenza della Corte costituzionale, dell'evoluzione della legislazione ordinaria, e del contributo del giudice ordinario e del giudice amministrativo alla definizione dei diritti sociali e del loro spazio d'effettività.

In questa sede, quindi, si può affrontare il tema dei diritti sociali, alla luce sia dell'impostazione teorica cui s'è aderito, sia degli elementi d'analisi emersi nel secondo capitolo.

In tal modo, il carattere fondamentale dei diritti sociali è misurato al cospetto della giurisdizione, della legislazione e dell'amministrazione, al fine di considerare il profilo del (l'eguale) godimento dei diritti nelle dinamiche dei rapporti tra l'individuo e i pubblici poteri.

Iniziando dalla giurisdizione, si è precisato come sia evidente la posizione della prevalente dottrina nel ritenere che i diritti sociali siano sprovvisti di azione giurisdizionale, e tale argomento sia utilizzato, insieme ad altri, per negare che questi siano diritti soggettivi.

In realtà, si è già fatto riferimento alla riflessione di quell'attenta dottrina<sup>1</sup> che ha contestato l'identificazione tra diritti e garanzie, o meglio il fondamento di quelle teoriche per le quali le garanzie giurisdizionali partecipano alla definizione del diritto soggettivo, sicché in assenza di esse anche il diritto non può essere predicato.

Segnatamente, il superamento di tale identificazione passa attraverso l'impossibilità di negare l'esistenza di un diritto soggettivo stipulato da una norma giuridica, in ragione dell'assenza della c.d. garanzia secondaria della sanzione giudiziaria correlata alla lesione del diritto.

In tale direzione, l'analisi dell'evoluzione del contributo del giudice ordinario e del giudice amministrativo alla tutela dei diritti sociali consente di contestare il fondamento di quelle obiezioni presenti in dottrina sulla mancanza del diritto di difesa e d'azione, connessa alla definizione dei diritti sociali come mere aspettative o pretese condizionate di prestazioni pubbliche, risultando smentito dalla realtà della giurisdizione piena del giudice amministrativo, e dalla connessione costituzionale del diritto d'azione dei diritti sociali

---

1. Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 141 ss.; L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., par. 10.1 e 10.2

al rilievo fondativo generale, che è da individuarsi nell'art. 24 Cost.<sup>2</sup>: come autorevolmente sostenuto, si tratta della matrice costituzionale di garanzia a cui fare riferimento, non potendo sostenersi, da un lato, che non sia norma giuridica e che, dall'altro, in quanto tale, appunto, non costituisce un diritto a sé, quello di agire in giudizio per la tutela delle proprie posizioni soggettive<sup>3</sup>.

Da tale impostazione ne discende che il diritto sociale non difetta delle garanzie giurisdizionali sul piano teorico, atteso che il diritto sociale fondamentale, leso, reso incerto o sofferente, conserva sempre un *actio utilis*, ossia un'azione giurisdizionale ad assisterlo, poiché nell'ordinamento v'è una norma generale che lo prevede; e risulta protetto nella dimensione di tutela che già il giudice ordinario<sup>4</sup> ed il giudice amministrativo dispongono in caso di lesione.

Anzi, come già osservato, la cultura costituzionale dei diritti affiora nella stagione più recente delle sentenze del giudice amministrativo, che mostra la tendenza al superamento di quell'atteggiamento ricognitivo delle regole da applicare al sindacato sull'esercizio del potere che, in passato, ha ricercato, in modo esclusivo, nella disciplina della potestà amministrativa i riferimenti sui quali poggiare la decisione, nella nuova direzione segnata da una peculiare attenzione al modo in cui l'ordinamento, Costituzione compresa, garantisce la posizione soggettiva contrapposta<sup>5</sup>.

A fronte di questi chiarimenti teorici, si tratta di verificare che essi si trattengano solo in un ambito dogmatico, oppure se non forniscano anche un'adeguata spiegazione della realtà concreta dell'ordinamento.

Richiamandosi agli elementi emersi nell'indagine del secondo capitolo, riesce agevole rammentare quella giurisprudenza costituzionale che ha qualificato i diritti sociali come posizioni soggettive azionabili. Tuttavia, di mag-

2. Cfr. la posizione di L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., il quale –avendo già approfondito in altra sede il rapporto tra diritto ed azione (cfr. *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit.)– ritiene che l'articolo fondi un diritto a sé di agire in giudizio per la tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive, escludendo che possa negarsi, allo stato, che l'art. 24 Cost. in collegamento con l'art. 3 Cost. fissi un autonomo concetto costituzionale di azione, e che esso sia un diritto fondamentale inviolabile, per cui, da un punto di vista dogmatico, l'A. esclude che un diritto possa difettare delle garanzie secondarie o giurisdizionali.

3. Da un punto di vista teorico, la distinzione tra diritti e garanzie (primarie e secondarie), ossia tra gli obblighi e i divieti che corrispondono alle pretese positive o negative in cui si sostanzia il diritto e la sanzione giudiziaria per la lesione dei diritti, è sostenuta da L. R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, aderendo a quella dottrina che evidenzia che il difetto delle une o dell'altre non può condurre a negare l'esistenza di un diritto soggettivo stipulato da una norma giuridica. Il riferimento è alla posizione di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2, 1998, 27 ss.; ed a PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, cit., 26, laddove si valorizzano i diritti fondamentali già come norme «che effettivamente prevedono come obbligatoria la tutela di un bene, il quale ha valore per la comunità, sostiene un interesse individualizzato e colloca in una posizione di vantaggio i soggetti cui quel bene deve riferirsi».

4. Sul punto, C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, cit., 3371 ss.

5. Cfr. l'approfondimento puntale di A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, cit., 49 ss.



giore interesse, da questo punto di vista, rivestono le decisioni del giudice amministrativo che si sono richiamate.

In particolare, l'idea che la sanzione giurisdizionale sia propria delle pretese protette dal diritto sostanziale in ragione della generale garanzia *ex art. 24 Cost.*, senza che sia richiesta una previsione legislativa espressa volta a volta, trova conferme importanti in giurisprudenza.

In questo senso, debbono essere lette quelle pronunzie che condannano a *facere* specifici – pure in presenza dell'esercizio di potere amministrativo – come è avvenuto in materia di aumento delle ore di sostegno a favore di alunna disabile<sup>6</sup> ovvero in relazione alla pretesa di non essere curati<sup>7</sup>.

Il giudice amministrativo, a fronte di diritti fondamentali in confronto con l'esercizio concreto del potere amministrativo, ha ritenuto fornire di azione le pretese agite dal portatore del diritto sociale.

Allo stesso modo, è stata superata la teoria delle pretese finanziariamente condizionate, a garanzia dell'esistenza di un livello essenziale di pretese tutelate in ogni caso – in tal senso le pronunzie sulla sostituibilità dei farmaci specifici con i generici equipollenti<sup>8</sup>, sulla prevedibilità dell'esclusione del rimborso per le prestazioni caratterizzate da inappropriata presunta o probabile<sup>9</sup>, sulla partecipazione dell'utente ai costi<sup>10</sup>.

In questa direzione, la natura fondamentale del diritto impedisce che vi sia elasticità nell'erogazione delle prestazioni<sup>11</sup>, impone che esse siano comunque assicurate quanto al loro livello essenziale<sup>12</sup>, indipendentemente anche dalle scelte organizzative dell'amministrazione<sup>13</sup>. Sia l'autonomia organizzativa dell'ente, sia l'esercizio del potere amministrativo, non sono considerati in concreto tali da limitare l'azionabilità della pretesa del portatore del diritto fondamentale.

Anche sul versante dell'autonomia regolamentare o in generale normativa, la pretesa del portatore del diritto fondamentale è stata ritenuta tale da imporre una deroga a disposizioni – come quelle relative al rapporto docenti-alunni in relazione alle prestazioni di sostegno al servizio del diritto all'integrazione scolastica<sup>14</sup> – altrimenti vigenti.

6. T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, n. 1183 del 2010.

7. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, n. 214 del 2009.

8. Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 7025 del 2010.

9. Cfr. Cons. gius. amm. per la regione Sicilia, n. 645 del 2010.

10. Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 228 del 2004; T.A.R. Lazio, sez. III-ter n. 999 del 2007.

11. Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, n. 581 del 2010. Contengono in due casi simili, il medesimo percorso argomentativo fondato sugli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e sul contenuto dei diritti fissati nelle Carte internazionali anche T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, nn. 1488 del 2010, e 362 del 2011, ed inoltre Cons. Stato, sez. V, nn. 1607 e 5185 del 2011.

12. Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, n. 167 del 2006.

13. Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, n. 71 del 2009.

14. Cfr. T.A.R. Campania, sez. IV, n. 17222 del 2010, e Cons. Stato sez. VI, n. 1134 del 2005.

Sia la capacità finanziaria, sia l'autonomia normativa, sia quella organizzativa, sia l'esercizio del potere amministrativo in concreto non privano il portatore del diritto sociale dell'azione a tutela della sua pretesa; questa giurisprudenza, sempre più intensa, si spiega solo se si assume la teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali, sicché essa non rappresenta solo una ricostruzione adeguata del disegno costituzionale, ma spiega anche la tendenza dell'ordinamento nel concreto dei rapporti giuridici.

## **2. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e la legislazione**

Come s'è ricordato – ed è ampiamente noto – la dottrina maggioritaria, nei decenni terminali del Novecento, ha qualificato i diritti sociali essenzialmente come pretese nei confronti del legislatore, sicché il diritto poteva ritenersi tale solo nel caso in cui il legislatore fosse specificatamente intervenuto dettandone la protezione, i modi e la tutela giurisdizionale; variante di quest'impostazione è quella che consegna la protezione dei diritti sociali alla Corte costituzionale, per l'ipotesi in cui il legislatore – avendo il dovere di intervenire – non sia intervenuto o non l'abbia fatto adeguatamente. Chi ricostruisca i diritti sociali come diritti fondamentali non potrà essere d'accordo con quest'idea, giacché i diritti fondamentali protetti in Costituzione presentano un'autonoma efficacia proprio in ragione dell'essere protetti in Costituzione come diritti fondamentali, sicché non richiedono l'*interpositio legislatoris*.

Se si osserva quanto oggi previsto dall'art. 117 Cost., è piuttosto evidente ch'esso assegni al legislatore solo la misura delle prestazioni che si riferiscono ai diritti sociali e non già la loro definizione costitutiva di contenuto. In tale direzione, va rammentato, a titolo esemplificativo, il contenuto dei decreti legislativi che contengono gli elenchi delle prestazioni, anche in attuazione della l. n. 42 del 2009<sup>15</sup> e, tra gli altri, gli interventi del legislatore sulla social card, sul reddito minimo di inserimento, sul reddito di ultima istanza, sull'indicatore I.S.E.E. (art. 81, comma 32 l. n. 133 del 2008; art. 59, commi 7, 47, e 48 l. n. 449 del 1997; art. 3, comma 101, l. n. 350 del 2003; art. 59, comma 51 l. n. 449 del 1997 e d. lgs. n. 109 del 1998).

In sostanza, si vuole osservare che i diritti sociali esistono come pretese indipendentemente dall'intervento del legislatore, e le prestazioni essenziali che si riferiscono al loro godimento dovranno, comunque, essere assicurate e potranno essere pretese (anche in giudizio).

Al legislatore spetta solo fissare la misura di quelle prestazioni, affinché sia assicurato il loro godimento, in misura eguale su tutto il territorio nazionale. Già questa sola osservazione vale a smentire che i diritti sociali richiedano la

---

15. Cfr. capitolo 3, paragrafo 4, note nn. 41, 42, 43.

necessaria *interpositio legislatoris* sia per il loro riconoscimento, sia perché possano comportarsi come pretese.

I materiali raccolti, dal dibattito in seno alla dottrina e dagli interventi della Corte costituzionale, evidenziano che l'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. non definisce i diritti sociali, presupponendone il concetto come diritti costituzionali fondamentali, nella considerazione che tale clausola costituzionale – che richiama l'intangibilità dei diritti sociali – presenta non già carattere costitutivo rispetto i medesimi, ma dichiarativo di quel che è già sancito o implicito nei caratteri dell'ordinamento.

In tale chiave di lettura, è stato osservato che la disposizione costituzionale stabilisce in ordine ad essi che, per essere goduti, necessitano (anche) di prestazioni; che i livelli essenziali di quelle prestazioni debbono essere fissati con legge dello Stato; e che, in adempimento del precetto costituzionale relativo all'uguaglianza, tali forme di protezione dei diritti mediante le prestazioni deve mantenere livelli uniformi su tutto il territorio nazionale.

In linea di coerenza con tale prospettiva, la determinazione dei livelli essenziali viene ad essere considerata come strumento utile al fine di individuare non il contenuto dei diritti (civili e) sociali (già costituzionalizzato), quanto piuttosto la componente di tipo regolativo-prestazionale che, da un lato, è presente in tutti i diritti (i diritti politici, le libertà tradizionali, i diritti alla difesa giudiziaria ed alla sicurezza, e compresi i diritti sociali) e che, dall'altro, non può giungere a definire il contenuto del diritto e la natura giuridica della posizione soggettiva che ad esso si correla, se non a pena di ritenere consentito nell'ordinamento una connessione ed una interdipendenza tra i diritti dell'individuo e l'evoluzione dei meccanismi e delle tecniche di regolazione giuridico-formale.

Tale conclusione appare inaccettabile, in base alle considerazioni che si sono avanzate sulla struttura dei diritti sociali e sulla peculiare forza giuridica che vantano nell'ordinamento.

Infatti, sostenere, diversamente, che le disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti sociali non siano direttamente applicabili, ovvero che l'intervento del legislatore (*ex art. 117 Cost.*) vada inteso come giuridicamente necessario per definire il contenuto del diritto, che prenderebbe forma dalle caratteristiche cangianti, anche di tipo economico, dei soggetti titolari, e dalla specificazione amministrativa e/o finanziaria della sua attuazione, ribalta profondamente la *ratio* della riserva di legge poiché tale prospettazione conduce, *a contrario*, a negare che vi sia, nei diritti sociali, un contenuto costituzionalmente garantito, e che il diritto non esiste in mancanza della determinazione normativa della sua disciplina, con le conseguenze connesse in termini di non azionabilità del diritto.

Come si è già evidenziato, alla determinazione del legislatore è affidata la scelta in ordine alle forme adeguate e proporzionali di protezione del diritto

sociale, non la definizione del medesimo<sup>16</sup>, poiché esso è già costituzionalmente riconosciuto nell'art. 1 Cost., e nel rinvio dinamico (contenuto nel secondo comma) alle forme ed ai limiti d'esercizio della sovranità stabilite in Costituzione, tra cui vanno ricomprese quelle disposizioni costituzionali sulla salute, sull'istruzione, sul lavoro, sull'assistenza, sulla previdenza, che riconoscono quella porzione di sovranità che prende forma nei diritti sociali, nei limiti costituzionalmente sanciti per ciascuno di essi.

In tale cornice, potremmo dire che il ruolo del legislatore è quello d'essere pronto ad individuare ed adattare le protezioni dei diritti al mutare delle condizioni dell'ordine sociale, giuridico, ed economico della società, ed al mutare della "morale sociale" che guida ed alimenta la lotta per i diritti<sup>17</sup>.

In senso critico, deve osservarsi che, dall'introduzione della determinazione dei livelli essenziali, i diritti sociali avrebbe dovuto trarre una rincarata dose di certezza, di trasparenza, di uniformità in ordine al sistema costruito sul carattere vincolante dalla determinazione delle misure di protezione minime ed essenziali.

Allo stato, l'ampio dibattito richiamato sulla formula (ritenuta enigmatica e giuridicamente complessa) dei livelli essenziali fa un bilancio dei ritardi e della parziale inattuazione delle determinazioni dei livelli essenziali delle prestazioni, a parte il settore delle prestazioni sanitarie che, notoriamente da tempo, codifica livelli, costi e fabbisogni.

Certamente, il legislatore ha scontato il confronto con la stagione d'incertezza definitoria sul significato dei livelli essenziali ed, inoltre, con le questioni connesse alla necessità di specificare, in parallelo alle protezioni, i profili di dimensione economico-finanziaria occorrenti, nella fase attuativa del federalismo fiscale.

Tuttavia, fermi tali aspetti che non incidono sulla configurazione dei diritti sociali, si deve osservare che anche il richiamo ai contenuti della giurisprudenza ordinaria e amministrativa vanno nella direzione che i diritti sociali esistono e sono azionabili a prescindere dalla determinazione legislativa dei livelli essenziali, e ciò costituisce ulteriore ragione per riconoscerli come diritti fondamentali.

### **3. Il paradigma dei diritti sociali come diritti fondamentali e l'amministrazione. Il regime giuridico delle prestazioni**

Il percorso d'indagine ha ritenuto opportuno distinguere tra le dimensioni immediatamente esigibili dei diritti sociali e quelle che, invece, richiedono

16. In senso conforme, L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit., par. 8; A. GIORGIS, *I diritti all'uguaglianza distributiva*, cit., 119-123; F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, cit., 270.

17. A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, cit., XVII.

l'esistenza di organizzazioni o la prestazione di servizi; nel secondo caso, assumono rilievo i livelli di prestazione stabiliti dal legislatore statale, in base a parametri qualitativi e quantitativi, alla natura onerosa, ovvero gratuita della prestazione (ai meccanismi di finanziamento), ed a determinate condizioni di accessibilità.

Sulla base di tale premessa, la definizione degli strumenti per assicurare le prestazioni relative ai diritti sociali è stata inquadrata nell'ambito del rapporto tra diritti sociali e compiti dell'autorità amministrativa, ed ha richiesto l'impegno di verificare la ricostruzione dei diritti sociali, quali diritti fondamentali, anche sul versante del regime giuridico delle prestazioni entro i binari degli artt. 41 e 43 Cost.<sup>18</sup>.

Il dato ineliminabile da cui, s'è visto, muovono i diversi contributi al dibattito è che, nella Costituzione, la scelta eclettica (le cui tracce significative sono segnate dalla commistione tra economia di mercato ed intervento pubblico, fra la libertà dell'iniziativa economica privata e l'utilità sociale, fra l'attività economica pubblica e privata e i fini sociali, fra diritti di libertà e doveri di solidarietà) rimette in gioco, volta per volta, il farsi delle prestazioni nell'ambito dell'attività libera, o regolata, ovvero riservata, in base alla configurazione del rapporto tra intervento pubblico e meccanismi di mercato, in relazione alla garanzia dell'assicurazione delle prestazioni essenziali che sono stabilite a protezione dei diritti.

Su questo tema, il riferimento al quadro costituzionale complessivo, oltre le disposizioni già richiamate, segna la conferma di tale interpretazione: la Repubblica istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi, ma enti privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione senza oneri per lo Stato (art. 33, commi 2 e 3 Cost.); ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, ma l'assistenza privata è libera (art. 38, commi 1 e 5 Cost.); anche la previdenza sociale di cui dovrebbe farsi carico essenzialmente lo Stato contempla la presenza privata, atteso che gli istituti previdenziali sono predisposti o integrati dallo Stato (art. 38, comma 4 Cost.); e la tutela della salute, garantita dallo Stato con cure gratuite per gli indigenti, dovrebbe essere svincolata dal rapporto obbligatorio con i poteri pubblici in relazione ai non indigenti (art. 32, comma 1 Cost.)<sup>19</sup>.

Fermo il dato costituzionale, le prestazioni relative ai diritti sociali mostrano un'articolazione fondata su tre diversi regimi giuridici, che appaiono coerenti con gli artt. 41, 43 e 117 Cost.: può realizzarsi la risposta spontanea dei soggetti (imprenditoriali e non) nel mercato (art. 41, comma 1 Cost.), che corrisponde e soddisfa i livelli essenziali stabiliti, ed in questo caso non c'è

18. Cfr. Cap. I, par. 4.2.

19. Cfr. G. CORSO, *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, in *Nuove Autonomie*, 2011, 17.

spazio per un compito pubblico diverso dalla determinazione legislativa del livello di prestazione.

Per il caso che il mercato non riesca a soddisfare in modo adeguato i livelli di prestazione, viene in rilievo la regolazione amministrativa, corrispondente al regime di cui all'art. 41, comma 3 Cost. (ove è stabilito che l'attività economica pubblica e privata è indirizzata e coordinata a fini sociali), rispetto alla quale la determinazione legislativa dei livelli essenziali si configura in linea di coerenza con le misure attive e d'intervento fissate dai pubblici poteri affinché i fini sociali (*rectius* le prestazioni quali forme di protezione dei diritti) siano effettivamente conseguiti<sup>20</sup>.

Infine, in via residuale, ove non siano comunque conseguibili le prestazioni, la clausola costituzionale dell'"utilità generale" contenuta nel comma 1 dell'art. 43 Cost., può ritenersi comprensiva dell'interesse generale a che i diritti sociali siano effettivamente ed egualmente goduti, nelle forme corrispondenti alle soglie di prestazione, per cui è ammissibile che l'attività possa essere riservata ai poteri pubblici, che potranno provvedervi direttamente, ovvero in base a concessione, o sistemi che vedano i costi delle prestazioni non remunerati dagli utenti, ma coperti dall'autorità pubblica.

Tale schema ricostruttivo, oltre a porsi in linea di coerenza con le disposizioni costituzionali, come noto, si realizza, ed è largamente riscontrabile, anche ad avviso della dottrina prevalente, nelle dimensioni attuative dei diritti sociali.

### **3.1. La sovranità dei diritti sociali ed il potere amministrativo. Gli spazi della discrezionalità amministrativa**

Si è osservato che l'affermazione costituzionale della spettanza della sovranità al popolo investe la posizione costituzionale dell'amministrazione; e importa la completa funzionalizzazione dell'autorità amministrativa al godimento pieno delle libertà e dei diritti fondamentali della persona, nel rispetto del precetto dell'eguaglianza sostanziale.

Da ciò consegue anche una diversa considerazione dei poteri di cui l'autorità amministrativa dispone, al cospetto dei diritti sociali.

Sul primo versante, tornano in rilievo le considerazioni precedenti sulla sovranità, che condividono l'orientamento<sup>21</sup> che ha meglio posto in luce il

20. Su tutti, v. L. R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, par. 15, secondo il quale «laddove un'organizzazione sia necessaria per rendere le prestazioni ed i servizi di cui i diritti sociali e le libertà abbisognano per essere godute nella loro dimensione non immediatamente esigibile, essa sarà essenzialmente attività economica (anche se non necessariamente impresa) realizzata dai privati, nell'esercizio della loro libertà resa funzionale al conseguimento dei fini sociali da misure amministrative. Naturalmente, i privati saranno liberi di avviare ed esercitare quell'attività o meno; laddove decidano di intraprenderla, potranno essere sottoposti alle misure amministrative necessarie al conseguimento dei fini sociali, quelle che faranno sì che i servizi e le prestazioni possano dirsi corrispondenti ai "livelli essenziali" che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

21. Il riferimento è alla posizione di L. R. PERFETTI e di L. FERRAJOLI, ampiamente richiamate nel cap. II, paragrafo 2.6.

ribaltamento della visione classica della sovranità, per cui i poteri e le istituzioni sarebbero i luoghi nei quali la sovranità dello Stato stabilmente promana, attraverso la rappresentanza politica e la legittimazione democratica.

Come è stato lucidamente rilevato, la spettanza della sovranità al popolo cambia lo sguardo sullo statuto costituzionale dell'amministrazione pubblica<sup>22</sup>, che non può più essere spiegato nella prospettiva che ne fa un'articolazione dei poteri dello Stato, una struttura servente dei poteri esecutivi, ed un'organizzazione burocratica destinata ad eseguire gli indirizzi politici dei vari livelli di governo: si tratta di una raffigurazione che si spiegava perfettamente a fronte della spettanza della sovranità allo Stato, «sicché nella generale capacità che ne derivava, l'amministrazione era parte dell'articolazione della persona giuridica del sovrano», rispetto alla quale il «perpetuarsi – non sempre esplicito – delle raffigurazioni dualistiche non ha consentito a lungo di cogliere la novità costituzionale», mantenendo il cittadino partecipe del processo politico – principalmente – attraverso la legittimazione delle assemblee rappresentative, mentre, rispetto all'amministrazione, suddito e destinatario di comandi unilaterali<sup>23</sup>.

Si tratta, anche, di una profonda trasformazione che consiste nel cambiamento della centralità dello Stato per la centralità della Società, da cui consegue che la preminenza dello Stato, e quindi, dell'amministrazione, come struttura di azione, siano «giustificati in modo preferenziale dal raggiungimento del bene dei singoli e della società e quindi dalla protezione e difesa dei diritti e degli interessi delle persone e della collettività grazie alla pubblica amministrazione»<sup>24</sup>.

E rileva, altresì, nei termini di «un progresso concettuale dovuto ad una migliore percezione del senso dello stato democratico», che consente d'intendere l'amministrazione intesa nel suo momento oggettivo non «l'essere essa cura immediata e pratica di interessi pubblici», ma cura di interessi «come interessi della società e non dello stato-persona»<sup>25</sup>.

22. Sullo statuto costituzionale della pubblica amministrazione, oltre gli ulteriori riferimenti contenuti nel paragrafo 4 del cap. II, si vedano, in particolare, i fondamentali contributi di G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, cit., 475 ss.; Id., *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, cit., 11 ss.; Id., *Amministrazione pubblica*, in N. BOBBIO, MATTEUCCI (diretto da), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, ora in *Scritti scelti* (1962-1991), I, Napoli, 2010, 205 ss.; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit.; G. BERTI, *Perennità della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1975, III, 1739 ss.; Id., *Amministrare e Costituzione*, cit., 11 ss.; F. G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, cit., 18 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, cit., 33 ss.

23. Cfr. L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, relazione tenuta all'Universidad Complutense di Madrid, nella conferenza conclusiva dell'anno 2012/2013 per il Seminario de derecho administrativo "Eduardo Graia de Enterría", paragrafo 10.1, in corso di pubblicazione in *Dir. amm.*, 2013.

24. Cfr. E. ROZO ACUNA, *Introduzione. Cittadino e amministrazione nel nuovo millennio*, in *Procedura, Procedimento, Processo*, Atti del convegno di studi giuridici, Urbino 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010, XIII.

25. Cfr. U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Procedura, procedimento, processo*, cit., 21.



In tal modo, pur nella seria difficoltà di trovare un accordo intorno a quali siano tali interessi, e quale dimensione essenziale dei diritti sociali dell'individuo nella società richiedano l'intervento del legislatore per assicurare un livello essenziale di prestazioni uniformi su tutto il territorio nazionale, che sia tendenzialmente chiaro, stabile, condiviso, in ogni caso, «è alla Costituzione che occorre riferirsi per identificare il fine, i fini, a cui l'amministrazione è ordinata»<sup>26</sup>.

Nella riflessione che si propone, che si è rilevata come concezione rigorosamente "costituzionale" dei diritti sociali, la sovranità del popolo si esprime, parimenti, nell'esercizio delle libertà e dei diritti sociali, che è compito dello Stato rendere effettivi nell'esercizio, in quanto espressi direttamente dalla Costituzione, nella maniera più diretta, esplicita e consapevole attraverso le formulazioni riccamente orchestrate dagli artt. 2 e 3<sup>27</sup> (esercizio che è non soltanto riconosciuto, ma garantito e protetto anche dalle disposizioni costituzionali sui livelli essenziali, sulla solidarietà e coesione tra i livelli di gestione dei territori e delle collettività, sulla perequazione finanziaria quale strumento di graduale uniformità dei diritti, sui poteri sostitutivi statali, oltre il richiamo costituzionale agli oggetti generali (trasversali) dei diritti sociali che consistono nell'uguaglianza sostanziale, nella dignità, e nella solidarietà).

In considerazione del rilievo pregnante di tali profili, tra loro correlati, il contenuto dei poteri dell'autorità amministrativa si rivela limitato al cospetto dei diritti sociali, nella funzione, prima fra tutte, di garantire la libertà ed il benessere degli individui ed il buon funzionamento della società, già costituzionalmente incardinate nelle disposizioni costituzionali che richiamano il primato della persona e la porzione di sovranità di ciascuno, che si esprime nei medesimi e nelle libertà fondamentali, e che impone ai poteri pubblici d'essere mezzi adeguati per il loro fine, il benessere degli individui.

In tale cornice, le amministrazioni che affrontano, se del caso, l'ambito di indeterminatezza della fattispecie concreta, devono ricercarne gli elementi nelle fonti primarie, e anche nei principi e i valori di cui consiste compiuta-

---

26. Cfr. U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, 22, che in senso conforme all'impianto concettuale che si propone, ha rilevato come la Costituzione non abbia dato una concezione esplicita dell'amministrazione – né in quanto funzione né in quanto oggetto – ma sia possibile cogliere nel suo impianto che cosa l'amministrazione sia: «È in tutta la Costituzione, ma essenzialmente nel suo articolo 3, secondo comma e nell'art. 1, secondo comma, letti anche in collegamento con gli altri principi fondamentali, a partire dagli artt. 2 e 5 – e naturalmente con l'occhio ai principi specifici sull'amministrazione formulati nell'art. 97 – che va colto il fondamento delle due componenti dell'amministrazione nello Stato democratico repubblicano. In quegli articoli sono infatti rispettivamente delineati il compito fondamentale della Repubblica, compito proprio di ogni sua funzione perché elemento costitutivo dello Stato, e la sua posizione, come la posizione di ogni potere pubblico, nell'ambito della società.»(23); si veda inoltre, Id., *Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Diritto pubblico*, 2006, 145 ss.; Id., *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Jus*, 2007, 227 ss..

27. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, 11.

mente quello che è stato definito l'“ordine giuridico della società”<sup>28</sup>, che consente di apprezzare e distinguere i contenuti progressivi del contemperamento tra società ed individuo ed, in questo vitale antagonismo, le esigenze sottese all'eguale garanzia nella realizzazione dei diritti.

In quest'ordine d'idee, muta la configurazione della determinazione in concreto dell'interesse pubblico, che appare – nell'essenziale – già stabilita: nel sistema dei diritti sociali, l'interesse pubblico, al quale la decisione deve essere orientata, è fissato dalla Costituzione in termini generali, e ove stabilita, nella forma concreta e percepibile della disciplina dei livelli essenziali e della conseguente declinazione organizzativa ed economico-finanziaria.

In questo senso, nella Costituzione, i diritti sociali meritevoli di tutela sono stabiliti (salute, istruzione, lavoro, assistenza e previdenza), e il problema di come amministrare tali diritti è segnato – prima che dai livelli essenziali – dall'eguaglianza, dalla dignità e dal principio-valore della solidarietà – che sono gli steli più delicati dell'esistenza cui deve rivolgersi primariamente l'agire dell'amministrazione e sui quali soltanto può svilupparsi il primato della persona<sup>29</sup>.

28. Cfr. L. R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, soprattutto paragrafo 9, in cui l'A. rileva come l'ordine giuridico della società «è costituito, in quanto giuridico, dalla porzione di sovranità (che è la prima e più possente capacità giuridica) che si trattiene nell'area dell'esercizio dei diritti inviolabili e nell'adempimento dei doveri inderogabili.» Segnatamente, «l'ordine giuridico della società, quindi, non si attiva solo per l'esercizio del potere costituente, ma agisce costantemente giacché quell'esercizio ha riservato una porzione di sovranità, che si trattiene nella società e non si articola nei poteri dello Stato. (...) La sovranità popolare, quindi, rende ragione dell'esistenza di un ordine, propriamente giuridico, extra legale; esso è l'ordine giuridico della società, vale a dire quell'ordine nel quale si formano regole storicamente e concretamente conoscibili e verificabili, praticate ed applicate nei rapporti giuridici tra le persone e tra esse e l'autorità». In tale prospettiva, l'A. sostiene che la formazione delle regole dell'ordine giuridico della società sia data dalla ripetizione costante dei comportamenti e dal diffuso consenso in ordine al contenuto di un enunciato che appare indeterminato nella formulazione legale. La ripetizione del comportamento e la diffusa convinzione circa il contenuto dell'enunciato consentono di individuare con adeguata sicurezza la regola dell'ordine sociale.

29. In tal senso, riecheggiano le suggestioni forti della riflessione di L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale, in Procedura, procedimento, processo, cit.*, 3 ss., il quale muovendo dall'affermazione della visione della terra “come diritto amministrativo”, ossia «amministrata da quel macro-antropo amministrativo che è l'umanità nel suo insieme organizzata in diritto pubblico e non solo», attira l'attenzione «sulla poeticità dimenticata dell'amministrare, giacché l'amministrazione è la tutela di ciò che merita di essere tutelato, è la conservazione e la propiziazione di ciò che merita di essere tutelato, la salvaguardia (Schuts, dicono i tedeschi) di tali beni. Perciò pensando all'amministrazione, forse dobbiamo, altresì, pensare alla vita, cioè alla quasi onnipotenza dell'uomo che a mani giunte protegge uno stelo; tutto ciò che è delicato, tutto ciò che è minacciato è l'oggetto primo in un certo senso dell'amministrazione. Pensate alla scuola, la scuola è puro diritto amministrativo e sono questi nostri bambini, questi nostri ragazzi che vengono scolasticamente amministrati, in questo senso sottolineo la tenerezza, vorrei dire, dell'amministrazione.» (7). Sul versante costituzionale, per l'A., «la repubblica promuove il pieno sviluppo della persona, e lo Stato né per la persona, e non viceversa e, quindi, l'amministrazione è per la persona. (...) In questo quadro, vedrei un primato dei poveri e qui mi ricollego molto a delle cose che ho letto di Allegretti; per me c'è civiltà e amministrazione profondamente umana quando al primo posto stanno i più sfortunati. Se io volessi sapere se una Società

Certamente, sotto diverso profilo, l'inviolabilità che prende forma positiva nei livelli essenziali riduce lo spazio dell'autonomia delle amministrazioni, poiché – e questo è l'aspetto più vistoso – vincola l'azione amministrativa in ordine all'obbligo di allineare ai livelli essenziali le funzioni amministrative di programmazione e la definizione dei costi, dei fabbisogni standard, e degli obiettivi di servizio, che – specularmente – traducono la garanzia amministrativa essenziale che completa, nella dimensione attuativa, la tutela che l'ordinamento positivo dispone per i diritti sociali.

Sul versante concreto dell'esercizio delle funzioni amministrative, la determinazione quantitativa e qualitativa di tali comuni denominatori (costi, fabbisogni ed obiettivi) orienta, come noto, il contenuto della programmazione annuale e pluriennale delle amministrazioni, le prestazioni dei dirigenti e del personale assegnato alla loro unità di budget, e sui cui risultati – annualmente – gli organi di vertice devono rendere il conto della gestione in termini di servizi e di miglioramento delle prestazioni rese nei confronti del cittadino utente (anche mediante la c.d. relazione sulla performance introdotta dall'art. 10 d.lgs. n. 150 del 2009).

#### **4. La continuità degli elementi di debolezza giuridica dei diritti sociali, il ruolo dell'Amministrazione e i fenomeni di dequotazione dell'effettività**

La ridefinizione dei confini teorici, entro i quali ricondurre i diritti sociali consente di apprezzare la problematicità dei molteplici fini e strumenti, anche normativi, che la mutevole disciplina offre come soluzioni praticabili – in termini attuativi – da parte delle amministrazioni.

Esse si confrontano – in maniera più consapevole rispetto al passato – con il tema della variabilità territoriale dei cosiddetti costi di cittadinanza, che gli economisti hanno messo in risalto più di quanto abbiano saputo fare i giuristi e, soprattutto, con una mutata considerazione del pubblico potere, preordinato a garantire le libertà ed il benessere degli individui e il buon funzionamento della società<sup>30</sup>.

---

è civile oppure no, non andrei a vedere le ville magari protette dalle mitragliatrici sul tetto come in Sud America, ma andrei a vedere come sono le prigioni, come sono gli ospedali e come sono le scuole.» (8-9).

30. Cfr., G. Rossi, *L'attualità di G. D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 22., il quale, nel contesto della ricostruzione del pensiero, ancora di stringente attualità, di Romagnosi – sulla necessità del potere in un'impostazione funzionale ed oggettiva rispetto alla funzione di garantire le libertà, il benessere degli individui ed il buon funzionamento della società, nell'ambito dei rapporti tra individuo e società ove nessuna delle due polarità assorbe l'altra e che vede comunque centrale la posizione della persona – rileva come «gli ordinamenti sono oggi coinvolti da una nuova fase di trasformazione nella quale si comprende ciò che è in crisi e molto meno quali ne possano essere gli esiti nel lungo periodo. È in crisi non solamente lo stato nazionale ma anche un sistema di certezze e sicurezze

Il punto da cui muovere – al fine di approfondire il tema dei diritti sociali sul versante dell'effettività – è la conquista di nuovi strumenti.

L'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., che sancisce l'obbligo del legislatore statale di fissare soglie quantitative e qualitative di prestazioni nella materia dei diritti sociali, costituisce, invero, la traduzione positiva del carattere pregiuridico della loro inviolabilità che, da sempre (anche nella coscienza comune, e nelle riflessioni degli studiosi) è risultata affidata al congegno composito dell'interazione tra una finalizzata e tempestiva legislazione statale sui singoli diritti, ed un'efficiente ed efficace gestione, a cura delle amministrazioni, dell'organizzazione, degli strumenti giuridici ed economici, e delle risorse che, complessivamente considerati, potessero soddisfare il loro concreto esercizio.

Ferma l'idea che i diritti sociali siano una porzione della sovranità costituzionalmente riconosciuta in modo universale a tutti gli individui, e non siano definibili considerando l'aspetto (contingente e mutevole), della natura e del ruolo del soggetto protetto, né del soggetto che attiva la misura promozionale ovvero di protezione dal bisogno, né quello – ancora più incerto – delle risorse disponibili (al fine di radicarne qualsivoglia definizione in ordine alla natura giuridica delle posizioni giuridiche garantite), tuttavia, deve osservarsi che la lettura politica e la traduzione normativa dell'essenzialità dei livelli di prestazione concernenti i diritti sociali, insieme ai profili di finanza pubblica e le differenze socio-economiche tra i livelli di governo, sono elementi che manifestano – allo stato più che in passato – una rilevante influenza, la quale va ricompresa nella riflessione che deve occuparsi anche dell'attitudine o meno di tali fattori a comprimerne l'esercizio, soprattutto nella dimensione dell'attività realizzativa dei diritti per il tramite degli apparati pubblici e delle funzioni amministrative<sup>31</sup>.

Già da tempo, come s'è detto, il dibattito s'interroga sul costo dei diritti<sup>32</sup>, e tale profilo assume maggiore rilievo in tempi di crisi economica degli Stati

---

che erano legate al carattere più statico della società. L'effetto, sul piano culturale, è la caduta della razionalità, il diffuso soggettivismo, la frammentazione che si manifesta in tutte le scienze». Per l'A., nel contesto che registra la convivenza fra la crisi delle istituzioni e di molte categorie a cominciare dalla politica, «un metodo giuridico chiuso in se stesso è basato sulla centralità dello Stato è chiaramente inutilizzabile»(44).

31. Come noto, considera i livelli essenziali quale conseguenza di una scelta politica chiamata ad individuare le prestazioni a carico degli apparati pubblici che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale e a quantificare le risorse corrispondenti, *ex multis*, R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 368 ss.; del pari, sul condizionamento delle risorse anche G. CORSO, *Welfare e Stato federale: uguaglianza e diversità delle prestazioni*, cit., 403; L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 713 ss.; in senso critico, sull'inesistenza di una cittadinanza amministrativa incommensurabile perché parametrata su diritti insensibili al loro costo perché assoluti, v. F. MERUSI, *La crisi ed il diritto amministrativo*, cit., 490; nella direzione del rilievo delle risorse che tuttavia non segnano le prestazioni "pubbliche", ponendo queste essere rese dalla società nel suo complesso L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, cit.

32. Il riferimento è alla fase inaugurata dal contributo, in seno al dibattito, di S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Bologna, 2000.

e delle pubbliche amministrazioni, e nel prolungarsi del fenomeno di “una società senza Stato”<sup>33</sup>.

Come autorevolmente rilevato «ci si può ragionevolmente chiedere quanto diversa avrebbe potuto essere la vicenda italiana se le sue classi dirigenti avessero posto maggiore attenzione agli strumenti di cui pure si valevano, che noi chiamiamo riasuntivamente Stato; se l'Italia avesse avuto fin dal principio una Costituzione “efficiente” (...) istituzioni capaci di creare fiducia nello Stato come agente della collettività e di costruire il capitale sociale assente; se, in altre parole, l'Italia avesse avuto non meno, ma più Stato»<sup>34</sup>.

I punti di criticità sono individuati nella debole costituzionalizzazione (tra ritardi nell'attuazione e inattuazione), nel senso che la realtà non appare corrispondente ai principi costituzionali e ai modelli stabiliti<sup>35</sup>; nel distacco tra

33. Sulla crisi dello Stato, è fondamentale il richiamo a S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, che nelle note introduttive tratteggia gli aspetti e i fenomeni complessivamente evocati da tale locuzione: «di crisi dello Stato» si discute dagli inizi del secolo XX. Dapprima se ne è parlato quando sono apparsi organismi potenti, come i sindacati e i gruppi industriali, che hanno posto in dubbio la sovranità interna dello Stato. Successivamente, la “crisi dello Stato” è servita ad indicare il progresso dei poteri pubblici internazionali, che sono istituiti dagli Stati, ma finiscono per tenerli sotto controllo. Un terzo significato della locuzione è quello, di epoca più recente, che indica l'inadeguatezza dei servizi statali rispetto le attese dei cittadini e della società, in generale. Vi è, poi, un'altra accezione, questa più semantica della formula. Essa indica la crisi del termine Stato, allargatosi fino a definire troppe entità e, quindi, divenuto, come tutti i termini polisemici, inservibile. Infine, l'espressione è stata adoperata, negli anni recenti, per indicare la diminuzione delle attività statali, con le privatizzazioni e l'affidamento ai privati di entità prima dello Stato. (...) nel modo in cui si presenta oggi, la crisi dello stato coinvolge la perdita di unità del maggiore potere pubblico al suo interno e la sua perdita di sovranità verso l'esterno. In tal senso, essa rappresenta la continuazione della prima e della seconda crisi.»(3-4). L'espressione “società senza Stato” è di S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, in *Il Mulino*, 2012, 179 ss., lucido ritratto dei punti di debolezza dello Stato come agente storico a far data dall'unificazione; inoltre, v. Id., *Lo Stato come problema storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 183, ove l'A. ricostruisce la straordinaria forza dell'idea statale, che discende anche dalla forza dei concetti e delle dottrine che per esso sono state sviluppate, inserendo nel dibattito la rilevanza di nuovi percorsi d'indagine, correlati agli interrogativi legati alla stretta connessione venutasi a stabilire, negli ultimi due secoli tra Stato e prosperità, e tra Stato e democrazia: «ma che cosa succede allo sviluppo economico quando la forma Stato entra in crisi? In secondo luogo, se la democrazia moderna si sviluppa nello Stato, che cosa accade alla democrazia quando lo Stato diventa fragile o è debole? Si può pensare che evapori il “locus” della democrazia, e, quindi, la democrazia stessa?»(190). Sulla crisi dello Stato dal punto di vista del diritto amministrativo, si veda A. ROMANO, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e L'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 333 ss., il già richiamato contributo di F. MERUSI, *La crisi ed il diritto amministrativo*, cit., 483.

34. Cfr. S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 179.

35. Sul punto, S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 181, rileva che «i costituenti pensavano che in cinque anni si rivedessero tutte le giurisdizioni speciali, si istituissero le regioni ed eleggessero i consigli regionali, si rivedesse tutta la normativa sugli enti locali e quella fascista in contrasto con la Costituzione. (...) Più di trent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, nel 1981, Massimo Severo Giannini, tracciando la vicenda della “lentissima fondazione dello Stato repubblicano”, osservava che esso “è ancora un edificio in costruzione, per alcune parti anzi malfatto. Dire che gli ideali politici della Costituyente sono ancora vivi, è una beffa, o una truffa, a seconda di chi lo dice (cfr. M. S. GIANNINI, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano* (1981), ora in Id., *Scritti*, vol. VII (1977-1983), Roma, 2005, 657).» Su tali notazioni critiche gianniniane, l'A. sottolinea che «alcune delle prescrizioni

società e Stato, tra cittadini ed autorità, nel duplice senso della sfiducia del cittadino verso lo Stato, e nell'esclusione dettata dallo Stato;<sup>36</sup> nella giuridicità debole come vecchia vicenda italiana della "legislazione a doppio fondo"<sup>37</sup>, ossia di quella sorta di disobbedienza legale consentita da norme speciali, straordinarie eccezionali, derogatorie che rappresentano altrettante evasioni ed erosioni al diritto codificato.

Una giuridicità debole che viene considerata anche nelle sue influenze sullo Stato-amministrazione: «un'arma per quelli uffici che vogliono valersene per trovare la legge adatta o profittevole, esercitando così il massimo di discrezionalità; un rompicapo per gli uffici che, in buona fede, vogliono individuare la norma applicabile al caso concreto»<sup>38</sup>.

E ciò, nella cornice dei rapporti e dei conflitti tra politici e burocrati che – s'è osservato – non sono solo arbitri nel conflitto tra gruppi ma costituiscono a loro volta un gruppo, uno dei più potenti, se non il più potente, in quanto custodi istituzionali dell'interesse pubblico<sup>39</sup>.

A tali elementi, da parte di alcuni, si aggiunge la mancata integrazione nazionale, la diversità di tradizioni civiche, l'inefficacia statale su una buona parte del territorio, e *lawlessness* collettiva ed individuale, (anche) come sintomi ormai cronici del divario tra Nord e Sud del Paese, che si presenta con asimmetrie di capitale economico e di capitale sociale<sup>40</sup>.

---

più importanti della Costituzione non sono state ancora attuate. Il diritto al lavoro, il diritto allo studio per i capaci e i meritevoli, la democrazia sindacale, la cogestione erano tra gli ideali costituenti: se ne studiarono attentamente i modi di attuazione e vennero "promessi" dalla Costituzione.»

36. Cfr. S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 182, secondo cui la ristrettezza della base politica dello Stato è un fenomeno storico dovuto ad una pluralità di fattori quali le norme che prescrivevano requisiti di alfabetizzazione e di censo, il basso tasso di alfabetizzazione, lo scarso civismo: «se il suffragio serve a riconoscere gruppi sociali nella sfera pubblica, si può dire che lo Stato italiano, per la maggior parte della sua storia, ha tenuto fuori dal suo corpo politico-amministrativo una larga parte della popolazione. Lo Stato italiano è rimasto per lungo tempo uno Stato "monoclasse"». Si deve osservare che l'A. ritorna sulla relazione tra Stato e popolo nel contributo *Stato e popolo nella storia italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 427 ss., individuando il ruolo fondamentale svolto dalle leggi elettorali e dalla disciplina della libertà di associazione. Sotto il primo profilo, in particolare, rileva come non vi sia stato un patto stabile tra Stato e cittadini per l'alternarsi anche di formule elettorali, le quali – ben 12 in centocinquant'anni – hanno determinato grande incertezza sui modi di congiunzione tra Stato e popolo. Come noto, sulle nozioni di Stato monoclasse e Stato pluriclasse nel pensiero di Giannini, v. S. CASSESE, *Lo Stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini*, in S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO (a cura di), *Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 11 ss.

37. L'espressione richiamata da S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 184, è, come noto di P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, in *Il centenario del Parlamento*, Roma, Camera dei deputati, 1948, 261 ss.

38. Cfr. S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 185.

39. Cfr. G. CORSO, *Politici e burocrati: interessi professionali e interesse pubblico*, in A.I.P.D.A., 2006, Milano, 2007, 51.

40. Ancora lucidamente S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 183, nelle cui riflessioni il divario tra Nord e Sud non è un deficit di capitale economico ma di capitale sociale: «A centocinquant'anni dall'Unità, il Mezzogiorno resta il più grande nodo irrisolto dello sviluppo del Paese. Con un terzo della popolazione nazionale, il Sud produceva meno di un quarto del reddito

Nel diagramma di tali complessità, va intesa la forza precettiva dei diritti sociali, i livelli essenziali, e la sfida affidata alle amministrazioni, per l'uniformità, per la convergenza verso un eguale godimento dei diritti.

Allo Stato, è noto che l'attenzione prevalente continua ad essere riposta su ciò che è politicamente scelto come risposta di protezione all'essenziale nucleo inviolabile dei diritti sociali dalle maggioranze in Parlamento e, del pari, su quali rapporti economico-finanziari tra i livelli di governo e quali forme di finanziamento delle funzioni siano in grado di sostenere i maggiori costi dei sistemi amministrativi più arretrati e con minori risorse disponibili, nella direzione della progressiva convergenza<sup>41</sup> all'uniformità nazionale.

In particolare, nell'ultimo decennio, le indagini sui diritti sociali (ponendo attenzione anche al versante concreto dell'esercizio dei diritti) hanno considerato il significato della riforma del Titolo V della Costituzione in ordine

---

nazionale nel 1951: sessantanni dopo questi valori sono rimasti pressoché gli stessi. Nel Sud, rispetto al Nord, sono inferiori: prodotto pro-capite, produttività del lavoro, tasso di occupazione, dotazioni infrastrutturali, qualità dei servizi pubblici, mentre sono maggiori le attività irregolari, l'illegalità, l'incidenza del pubblico impiego sulla occupazione complessiva. Il saldo dei flussi migratori – come già notato – vede il Sud perdere ogni anno 60 mila persone a favore del Nord e frequente è il ricorso di cittadini residenti nel Mezzogiorno a servizi pubblici prodotti nel Centro Nord. La maggiore ricerca sulla tradizione civica in Italia ha posto in luce che i rapporti verticali, della raccomandazione e del clientelismo, sorgono "in risposta alle debolezze delle strutture amministrative e giudiziarie dello Stato", a causa della "diffusa mancanza di fiducia e sicurezza, non assicurata né dallo Stato, né da norme e reti civiche"» (l'A. si riferisce, tra gli altri, ai contributi di R. PUTNAM, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, trad. it., Milano, 1997, 168 ss., e E. C. BANFIELD, *Le basi morali di una società arretrata*, trad. It., Bologna, 2006).

41. Sull'art. 18 della legge n. 42 del 2009, nella parte in cui introduce il c.d. Patto di convergenza quale istituto nuovo che si affaccia nell'organizzazione dei rapporti tra Stato ed autonomie locali, sull'attuazione disciplinata dal d. lgs. n. 216 del 2010, sulla natura transitoria e sulle criticità dell'obiettivo della convergenza, sia consentito il richiamo a M. PASSALACQUA, *Convergenza e livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 341 ss., ove si rileva che la legge sancisce, per un verso, che la graduale uniformazione, ovvero la normalizzazione ad un dato medio, riguardi una misura, una cifra standard, nella specie un dato economico «in partenza diversificato per i vari livelli di governo, rappresentato dai costi sostenuti dalle regioni per assicurare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui alla lett. m) dell'art. 117, comma 2, Cost., nonché dai fabbisogni finanziari necessari agli enti locali per garantire l'esplicazione delle funzioni fondamentali di cui alla successiva lett. p) del già citato art. 117, ed i livelli essenziali delle prestazioni eventualmente da esse implicate, laddove i costi sostenuti dalle regioni ed i fabbisogni degli enti locali devono progressivamente divenire più efficienti possibili – e dunque minimi – rispetto al raggiungimento dello scopo (efficacia) di soddisfare i livelli essenziali delle prestazioni. Per altro verso e per converso, la convergenza concerne, invece, la progressiva uniformazione degli obiettivi dei servizi ai livelli essenziali delle prestazioni e all'assicurazione dello svolgimento delle funzioni fondamentali. (...) In ogni caso, essendo i livelli essenziali di cui alla lett. m) i livelli unificanti in ambito nazionale, a regime non può esserci spazio per una convergenza, poiché, una volta raggiunti detti obiettivi standard in tutte le regioni, verranno meno i margini di diversità da colmare; la stessa cosa dovrebbe valere per i relativi costi e fabbisogni standard.» (342-343). In senso critico, l'A. rileva che, nelle varie regioni, gli obiettivi di servizio non sempre sono fissati previo intervento legislativo statale e, in genere, le risorse per il loro raggiungimento coincidono con quelle, di fatto, diverse per i vari territori, ed entrano in gioco componenti esterne quali il bacino d'utenza, e l'eventuale perifericità del territorio in grado di incidere sui costi.



alla complessità inaugurata dal nuovo riparto del potere legislativo tra Stato e regioni, dal sistema variabile d'esercizio della potestà amministrativa con il ruolo di preferenza per gli enti locali (in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza)<sup>42</sup>, ed allineato tali tematiche alla questione del finanziamento delle funzioni d'amministrazione ricavabili dai principi sanciti negli artt. 119 e 120 Cost.<sup>43</sup>.

42. Sulle ricadute della riforma del 2001 sui diritti sociali, v. G. DELLE DONNE, *Federalismo, livelli essenziali e diritti*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Welfare, diritti e cittadinanza. Percorsi di cultura sociale per gli operatori del diritto*, Bologna, 2010, 251 ss.; G. LEONE, *Per un federalismo competitivo e solidale*, in *Ist. fed.*, 2009, 533 ss.; E. BALBONI, *Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 3 ss.; A. MARZANATI, *Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l'assistenza sociale*, cit., 257 ss.; M. COCCONI, *La politica regionale nell'istruzione enella formazione: limiti e potenzialità dopo il nuovo Titolo V*, cit., 509 ss.; P. BIANCHI, *Il Welfare municipale dopo la riforma del Titolo V: uno snodo critico per la prospettiva multilivello*, cit., (tutti saggi contenuti in *La tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., vol. I, Napoli, 2008); G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Introduzione. Titolarità ed esercizio della funzione amministrativa nel nuovo assetto del sistema autonomistico locale*, cit., 7 ss.; C. IANNELLO, *La funzione normativa dello Stato. La tutela delle esigenze unitarie e la tutela uguale dei diritti dei cittadini alla luce della giurisprudenza costituzionale*, cit., 29 ss.; O. RAGOZZINO, *Linee di attuazione del nuovo Titolo V in materia di sanità*, cit., 293 ss.; A. DI NUZZO, *Linee di attuazione del nuovo Titolo V in materia di servizio sociali*, cit., 343 ss., tutti in *Comuni e funzione amministrativa*, cit., Torino, 2007; G. ARENA, *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 2005, 140 ss.; L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, cit., 142 ss.; Id., *Sistemi di welfare e federalismo*, cit., 713 ss.; G. COCCO, *I livelli essenziali delle prestazioni*, L. CHIEFFI, G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regione ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione tra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, 2005, 187 ss.; A. GENTILINI, *Determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e positivismo giuridico: chi ha paura della lettera della legge?*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 999 ss.; A. GIORGIS, *Il problematico rapporto tra diritti costituzionali, legge statale, diritti statutari, e legge regionale*, in AA. VV., *Il governo degli interessi territoriali e i diritti dei cittadini*, Torino, 2004, 88 ss.; A. POGGI, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli, 2004, 1173 ss.; R. BIN, *Nuovi statuti e garanzie dei diritti*, in *Ist. feder.*, 2003, 195 ss.; G. SCACCIA, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, 531 ss.; G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2002, 25 ss.

43. Su tali profili, e nell'ottica del loro apprezzamento, utilizzando in special modo le analisi e i modelli comparativi sul sistema regionale, è senz'altro utile, e sia consentito il riferimento al contributo che fotografa (al 2009) – con argomenti tuttora validi – il sistema regionale delle entrate finanziarie, delle spese, e dei residui fiscali di B. BALDI, *I numeri del federalismo fiscale: un confronto fra le regioni*, cit., 495 ss., ove si rileva che «innanzitutto, la differenza fra le regioni a statuto ordinario (RSO) e le regioni a statuto speciale (RSS) dove le prime possiedono una autonomia tributaria tripla rispetto alle seconde: i tributi propri coprono infatti il 33,8% del fabbisogno delle RSO mentre solo 11,2% di quello delle RSS e senza particolari differenze al loro interno. (...) In secondo luogo, le differenze all'interno delle RSO, fra le regioni del Nord che arrivano a coprire il 40% del proprio fabbisogno con tributi propri, quelle del Centro che presentano un dato in linea con la media nazionale (34,2%) e quelle del Sud che possiedono una autonomia tributaria pari al 22,3% dimezzata rispetto alle regioni del Nord, ma comunque doppia rispetto alle RSS. Le regioni restano mediamente dipendenti da trasferimenti statali per il 56,6% delle loro attività, ma il 76,9% di tali trasferimenti riguarda la compartecipazione a tributi erariali (...) l'incidenza della compartecipazione sul totale delle entrate regionali risulta nettamente più elevata nelle RSS, dove copre il 56,5% del fabbisogno, rispetto alle RSO, per le quali si assesta al 39,2%. I trasferimenti vincolati, che un tempo rappresentavano la fonte principale di

Negli ultimi anni, nei quali il dibattito ha mutuato nuovi percorsi a seguito delle legge delega di attuazione dell'art. 119 (n. 42 del 2009)<sup>44</sup>, sono maturate

finanziamento, e assoggettamento, delle RSO, oggi rappresentano solo il 10,3% delle loro entrate, includendo quelli per investimento (che comprendono a loro volta i finanziamenti europei). Questi ultimi risultano importanti per tutte le Regioni del Mezzogiorno, sia ordinarie che speciali (si veda il 33,5% della Basilicata o il 18,8% della Sicilia).» (498-500). Sulle spese regionali, si evidenziano molte differenze fra le RSS e le RSO, «dove le prime spendono il doppio rispetto alle seconde in proporzione al numero di abitanti – 6.105 euro contro 3.041 come dato pro capite – in virtù delle loro maggiori competenze ma anche, e soprattutto, della loro *legacy*, ovvero della maggiore discrezionalità di spesa cui hanno goduto fin dalle origini, e dei più ampi apparati amministrativi di cui dispongono. Differenze importanti risultano pure fra le RSO, specie fra quelle del Nord e del centro-Sud, dove le prime presentano una spesa tendenzialmente più efficiente.» (501). Le differenze sugli oggetti della spese regionali appaiono significative: oltre la sanità che rappresenta la principale voce di spesa delle regioni, assorbendo oltre la metà delle loro risorse, arrivando in taluni casi a superare il 65% degli oneri complessivi (Piemonte, Lombardia, Marche, Lazio e Puglia), «i settori nei quali si concentra la spesa regionale sono quelli a sostegno dello sviluppo economico: formazione professionale e attività produttive, comprese agricoltura e turismo. A seguire le politiche sociali (l'assistenza e l'istruzione) e poi i trasporti e la più generale gestione del territorio (edilizia abitativa inclusa). Anche a riguardo di questi settori è possibile riflettere sulle differenze regionali (...). Le RSO investono di più nei settori dei trasporti e negli interventi sul territorio, mentre le RSS spendono maggiormente nelle politiche sociali (assistenza sociale, istruzione) e nelle politiche a sostegno dell'economia locale. A tale riguardo, uno studio dell'Osservatorio sul Federalismo evidenzia come la spesa complessiva, inclusa quella di investimento, per lo sviluppo economico delle RSS sia mediamente di 834 euro pro capite contro i 340 euro delle RSO. Lo stesso per quanto riguarda l'istruzione o l'assistenza sociale dove la spesa pro capite delle RSS è mediamente 4-5 volte quella delle RSO con riferimento tanto alla spesa corrente quanto a quella in conto capitale. Infine, un dato di spesa importante che rafforza la distinzione fra le RSS e le RSO è quello che riguarda l'amministrazione regionale e particolarmente le spese per il personale. Le RSS si caratterizzano per una spesa molto più elevata, destinando il 13% delle loro risorse al proprio apparato amministrativo, con un dato di spesa procapite per dipendenti e personale mediamente pari a 364 euro, una cifra superiore alla spesa corrente complessiva per servizi sociali e istruzione. nettamente più efficienti sotto questo profilo risultano invece essere le RSO, soprattutto quelle del Nord, i cui costi di amministrazione si assestano intorno al 3% della spesa complessiva, con un dato di spesa procapite per dipendenti e personale mediamente pari a 42 euro, quasi un decimo rispetto al dato delle RSS.» (503). Sotto il profilo dei residui fiscali, ossia il "saldo" tra il contributo che ciascun cittadino fornisce al finanziamento all'azione pubblica sotto forma di imposte e i benefici che riceve sotto forma di spesa pubblica, l'A. riporta la media del triennio 2004-2006, ed osservare conclusivamente la forbice del flusso redistributivo nella quale «mentre il cittadino della Lombardia risulta creditore mediamente di 4.061 euro all'anno, il cittadino della Calabria risulta debitore per una cifra quasi equivalente, 4.079 euro» (510). Tali dati, e la letteratura in tema, completano la prospettiva d'analisi dei diritti sociali alla prova delle molteplici differenze dei sistemi regionale, e locali.

44. Sulla legge n. 42 del 2009, e con un'analisi dichiaratamente incentrata sull'obiettivo di verificare lo stato dei diritti sociali ad oltre dieci anni dalla riforma costituzionale ed, in particolare, se ed in quale misura siano state determinate da parte dello Stato le soglie di tutela essenziali delle prestazioni che devono essere rese dalle pubbliche amministrazioni, nel quadro della nuova distribuzione delle risorse economiche tra Stato e regioni, con un'attenzione ai rapporti di tensione tra eguaglianza sostanziale e federalismo, anche per i puntuali riferimenti bibliografici, si veda F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 249 ss.; C. PINELLI, *Livelli essenziali delle prestazioni e perequazione finanziaria*, in *Dir. soc.*, 2011, 731 ss.; C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011; M. PASSALACQUA, *Convergenza e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Ist. fed.*, 2011, 341 ss.; B. BALDI, *I "numeri" del federalismo fiscale: un confronto fra le Regioni*, ivi, 2010, 495 ss.; AA. VV., V.

ulteriori riflessioni critiche<sup>45</sup>, incentrate prevalentemente sui temi peculiari del finanziamento delle funzioni delle regioni e degli enti locali, ed anch'esse concentrate sul ritardo sia sul versante della traduzione – leggibile per i soggetti e per le amministrazioni – delle soglie inviolabili dei diritti sociali (e civili), ed altresì sul fronte della definizione “amministrativa” dei relativi costi, fabbisogni standard, ed obiettivi di servizio (sui quali soltanto il settore della sanità vanta già da tempo una disciplina normativa ed un'esperienza applicativa significativa).

In particolar modo, s'è osservato che, anche a seguito della riforma del Titolo V, «tutto resta nelle mani di uno Stato che continua a decidere tardi e male», poiché, guardando alle vicende più recenti, «si è invertita la logica successione degli adempimenti attuativi che avrebbero voluto come prioritaria l'individuazione delle funzioni fondamentali, per poi porre mano all'attuazione del nuovo art. 119 in rapporto alle funzioni, secondo il loro costo standard (non la spesa storica), all'attribuzione di ulteriori funzioni con legge regionale e, una volta condotti a regime Comuni e Province, alla revisione della mappa territoriale per adeguare la loro dimensione all'effettivo esercizio delle funzioni. Si è preferito invertire l'ordine logico investendo nel c.d. “federalismo fiscale”, che si sta attuando in rapporto a funzioni individuate “in via provvisoria” nella legge n. 42 del 2009»<sup>46</sup>.

---

NICOTRA, F. PIZZETTI, S. SCOZZESE (a cura di), *Il federalismo fiscale*, Roma, 2009; A. DE SIANO, *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria.*, cit., 200 ss.

45. Il riferimento è alla riflessione di F. MERLONI, *Il sistema amministrativo italiano le Regioni e la crisi finanziaria*, in *Le Regioni*, 2011, 599 ss.; v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Introduzione. Titolarità ed esercizio della funzione amministrativa nel nuovo assetto del sistema autonomistico locale*, cit., soprattutto 24-28; L. ANTONINI, *Competenza, finanziamento e accountability in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali*, cit., 70 ss.

46. Cfr. F. MERLONI, *Il sistema amministrativo italiano le Regioni e la crisi finanziaria*, cit., 600, il quale, inoltre, insiste criticamente sulla legislazione che riguarda il sistema amministrativo regionale e locale, sostenendo che l'interventismo statale e l'attendismo regionale rischiano concretamente, sotto la spinta della crisi finanziaria, di generare mostri (604). A titolo esemplificativo, l'A. rammenta che «tra il dicembre del 2009 e il settembre del 2011 si contano almeno quattro interventi dello Stato (tre nella forma del decreto legge), che operano in modo indiscriminato: riducono il numero dei consiglieri e degli assessori comunali e provinciali, sopprimono i consorsi di funzioni e le autorità d'ambito per la gestione del servizio idrico e dei rifiuti, chiudono i finanziamenti statali alle comunità montane; vincolano i Comuni al di sotto dei 5.000 abitanti all'esercizio associato per lo svolgimento delle funzioni fondamentali; sopprimono le Province al di sotto dei 300.000 abitanti, limitano la costituzione di società pubbliche locali; impongono la riagggregazione dei comuni al di sotto dei 1.000 abitanti, dapprima nella forma di un nuovo soggetto che li assorbe (l'Unione comunale) poi, nella forma della costituzione obbligatoria dell'Unione di comuni previsti dal TUEL per l'esercizio di “tutte le funzioni amministrative e tutti i servizi pubblici loro spettanti sulla base della legislazione vigente”; impongono la riduzione drastica addirittura del numero dei consiglieri regionali. Per giungere, infine, questa volta sotto la dettatura di una lettera della BCE (5 agosto 2011), a predisporre in tutta fretta un d.d.l. costituzionale di soppressione delle Province, con l'attribuzione delle loro funzioni a delle non meglio precisate forme associative tra enti locali regionali»(601). Sullo stato dell'attuazione delle legge n. 42 del 2009, cfr. la successiva nota 49.

In verità, in termini generali, il completamento della disciplina attuativa rimane fortemente condizionante per l'intero sistema pubblico, in ragione della connotazione di tali elementi quali aspetti prodromici di qualsivoglia decisione amministrativa di pianificazione e di gestione in ordine a chi, garantisce cosa, con quali strumenti, in quanto tempo, e con quali costi, e della possibilità di realizzare una progressiva convergenza quale avvicinamento ad un dato medio, in partenza diversificato per i vari livelli di governo, che rappresenti i costi sostenuti per garantire la tutela dei diritti sociali con l'assicurazione dell'attività indispensabile all'effettivo soddisfacimento delle esigenze fondamentali degli utenti.

Si deve osservare che il legislatore delegante aveva previsto una norma transitoria in forza della quale, fino alla nuova determinazione, ad opera della legge statale, dei livelli essenziali di assistenza (LEA) e dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), si stabiliva che dovevano considerarsi livelli essenziali quelli già fissati in base alle vigenti leggi dello Stato<sup>47</sup>.

La questione è che il legislatore ha, in parte, mancato di definire i LEP, ovvero, al più, si è limitato ad indicare meri elenchi di servizi, omettendo di individuare i relativi livelli di quantità e qualità<sup>48</sup>.

Fermo il rilievo di tali elementi, deve essere chiaro che essi, quali “fattori giuridici di cambiamento” non incidono affatto sulla definizione della natura

47. Cfr. art. 20, comma 2, legge n. 42 del 2009.

48. Cfr. M. PASSALACQUA, *Convergenza e livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 346-347. Muovendo dall'analisi degli artt. 8 e 16 della legge n. 42 del 2009, e con riferimento alla ripartizione tra spese regionali relative ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, spese regionali ordinarie e spese regionali straordinarie, evidenzia l'incompletezza ed il ritardo nell'attuazione delle legge delega, con una tensione critica tra eguaglianza sostanziale e federalismo (fiscale), anche F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, cit., 249 ss., risultando adottati soltanto alcuni decreti legislativi delegati: precisamente: 1) il d. lgs. 28 maggio 2010 n. 85 (attribuzioni a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'art. 19 della l. n. 42/2009) sul c.d. federalismo demaniale; 2) il d. lgs. 17 settembre 2010 n. 156 (Disposizioni recanti attuazione dell'art. 24 della legge 5 maggio 2009, n. 422, in materia di ordinamento transitorio di Roma capitale), una sorta di anticipazione limitata alla città di Roma sulla disciplina delle città metropolitane; 3) il d. lgs. 26 novembre 2010 n. 216 (Disposizioni in materia di determinazioni dei costi e dei fabbisogni standard di comuni, città metropolitane e Province); 4) il d. lgs. 14 marzo 2011 n. 23 (Disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale); 5) il d. lgs. 6 maggio 2011 n. 68 (Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario); 6) il d. lgs. 31 maggio 2011 n. 88 (Disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione degli squilibri economici e sociali, a norma dell'articolo 16 della legge n. 42 del 2009); 7) il d. lgs. 23 giugno 2011 n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazioni dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della l. n. 42 del 2009); 8) il d. lgs. 6 settembre 2011 n. 149 (meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17, e 26 della l. n. 42 del 2009); 9) il d. lgs. 18 aprile 2012 n. 61 (Ulteriori disposizioni recanti attuazione dell'articolo 24 della l. n. 42 del 2009 in materia di ordinamento di Roma capitale); 10) il d. lgs. 26 aprile 2013 n. 51 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 18 aprile 2012 n. 61). Gli aggiornamenti in ordine all'attuazione sono consultabili su <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/09042ld.htm>.

giuridica dei diritti sociali<sup>49</sup> (mentre, purtroppo, s'è verificato che tale lettura rimane ricorrente in seno al dibattito), poiché l'influenza radicale si manifesta direttamente sulle attività dell'amministrazione correlate alla cura dei diritti sociali<sup>50</sup> che, sotto diverso profilo, sembrano trovare nelle nuove regole (livelli essenziali, costi, fabbisogni standard, e finanziamento) una riduzione – rispetto al passato – dell'ambito di discrezionalità amministrativa e tecnica, ed un nuovo, predefinito, invalicabile “perimetro” per ciascun diritto, che s'allinea alla natura giuridica dei diritti sociali quali diritti soggettivi fondamentali degli individui.

#### **4.1. La questione della convergenza dei diritti sociali mediante il potere amministrativo**

Sotto diverso profilo, deve osservarsi che il carattere fondamentale dei diritti sociali esprime una forza giuridica peculiare che connota l'inderogabilità dei livelli essenziali (e a cascata dei valori programmati di costi, fabbisogni e servizi) ma che si sostanzia come inderogabilità in *peius*: infatti, si vuole affermare che la dimensione costituzionale e positiva di protezione dei diritti sociali non esclude la pertinenza di spazi di valutazione e decisione e che, in particolare, il vincolo delle soglie stabilite di prestazioni può e debba essere motivatamente derogato dalle amministrazioni, laddove, il contesto di riferimento (per tipologia e numero di utenti, per caratteristiche territoriali socio-economiche) esprima esigenze di tutela che non corrispondono, anche solo in parte, alla direzione d'azione dell'effettività dei diritti, stabilita dagli indici sopramenzionati.

Nell'ambito del dibattito, non appaiono fondate quelle interpretazioni secondo cui i livelli essenziali devono ritenersi consistere «nel vincolo,

49. Cfr. L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, soprattutto paragrafo 8 ss.

50. In tale direzione d'indagine, E. BALBONI, *Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 12, il quale, evidenziando che la riforma del titolo V non aggiunga nulla di rivoluzionario a quanto già consacrato fin dal 1948 dall'art. 3, comma 2 Cost., conferma il coinvolgimento dello Stato in un impegno di rinnovata garanzia nell'offerta di pari opportunità di vita agli individui. In particolare, per l'A., l'intervento pubblico di natura solidaristica trova un nuovo titolo di legittimazione nell'art. 117, comma 2, lett. m) e nell'art. 119 Cost. che richiedono allo Stato «specifici adempimenti destinati ad aumentare le garanzie di quei diritti sociali che già da tempo la Costituzione riconosce e che il legislatore ha in buona misura realizzato.» Sotto il profilo attuativo, tuttavia, s'evidenzia che la regione (e gli enti territoriali) si trovano vincolati a non abbassare il livello di tutela dei diritti sociali individuato dallo Stato, potendo eventualmente garantire livelli più elevati: «ma qui intervengono i vincoli di natura finanziaria connessi ad un sistema di finanza di trasferimento che il nuovo art. 119 – per ora lasciato privo di attuazione – non riesce ancora efficacemente ad affrontare, prima ancora di saperlo completamente definire. Cosicché le regioni e gli enti territoriali chiamati in prima istanza ad organizzare le prestazioni relative ai diritti sociali, continuano a trovarsi in una condizione di scarsità di mezzi finanziari che appena consentono il rispetto del livello di essenzialità delle prestazioni sociali.» (13-14). Come rilevato nella nota precedente, la parziale attuazione con i decreti delegati successivamente adottati non attenuano le criticità rilevate anche dal contributo di F. Pallante.

imposto all'ente erogatore, di apprestare un certo livello di offerta delle prestazioni in questione, anziché come diritti che impongono allo stesso di soddisfare integralmente la domanda di prestazioni, quale ne sia l'entità e sempre che tale domanda abbia i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla legge, giacché in tal caso i livelli essenziali dipenderebbero dai bisogni espressi in misura diversa dalle varie collettività, con corrispondente diversificazione degli oneri che ciascun ente territoriale è costretto a sopportare»<sup>51</sup>.

Aderendo a tale orientamento, si dovrebbe conseguentemente affermare che, in relazione ai livelli essenziali relativi ai diritti sociali, le amministrazioni rimangano, in parte, senza spazi decisori al cospetto del sistema nascente dai livelli essenziali: tuttavia, non può revocarsi in dubbio che, in capo alle amministrazioni, non possa considerarsi sottratto del tutto il compito di valutare, pesare, comparare e definire linee di gestione e di sviluppo della società e dei bisogni che questa può esprimere ed, *a fortiori*, il ruolo di (componenti essenziali ed) agenti del progresso sociale ed economico della società, al cui servizio è funzionalizzato ogni potere pubblico<sup>52</sup>.

Il punto è se in capo alle amministrazioni possa ritenersi esistente uno spazio decisionario che consenta di specificare ed, in parte, modificare le misure di prestazione poste a salvaguardia dell'eguale godimento dei diritti.

Per quella parte della dottrina già richiamata, i diritti inviolabili (e i doveri inderogabili) che si trattengono nella sovranità di ciascuno esprimono un permanente ordine giuridico – *extra* legale – della società, ed integrativo di quello legale che si esprime con il consolidamento di regole giuridiche che si formano nell'ambito delle libertà e non in quello dell'autorità<sup>53</sup>.

51. Cfr. C. PINELLI, *I livelli essenziali delle prestazioni e perequazione finanziaria*, in *Dir. soc.*, 2011, 733, il quale richiama testualmente la posizione di A. BRANCASI, *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 928.

52. In tale direzione, anzi, si staglia il monito conclusivo di S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, cit., 190, laddove si evidenzia che «i poteri pubblici sono stati somiglianti, in questo secolo e mezzo, alla popolazione descritta nel 1873 al Senato dal medico bolognese Carlo Maggiorani: "cere pallide (..) macchine gracili e frolle costituzioni.» Per l'A., «questa gracilità delle strutture pubbliche è all'origine del maggiore dei problemi ancora aperti della società italiana, quello dell'ineguale distribuzione del progresso, perché è lo Stato che non ha consentito a tutti di partecipare all'aumento della ricchezza del Paese: la convergenza dei redditi tra Nord e Sud si è realizzata solo nel ventennio dopo la metà del secolo scorso, mentre i restanti centovent'anni sono trascorsi all'insegna della divergenza; l'incidenza della povertà al Nord è del 2, 2%, mentre al Sud coinvolge ancora quasi il 10% dei cittadini; se l'italiano medio ha circa 10 anni di istruzione, per ogni laureato con 16–18 anni di studio, vi sono due italiani con poco più di 7 anni di studio (infatti, solo il 14% della popolazione in età lavorativa è laureato); la sanità al Sud costa molto e rende poco, come dimostrano le migrazioni di massa verso il Nord, alla ricerca della buona sanità» L'analisi dell'A. fa riferimento ai contributi di V. ATELLA, S. FRANCISCI, A. BRUNETTI, E. FELICE, N. AMENDOLA, F. SALSANO, B. A'HEARN, C. AURIA, G. VECCHI, in G. VECCHI, *In ricchezza e in povertà. Il benessere degli italiani dall'Unità ad oggi*, Bologna, 2011.

53. Cfr. L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., paragrafo 10 e ss.



Le suggestioni di tale ordine concettuale inducono a riflettere sulla gestione delle differenze, sui territori, sulle esistenze degli individui e delle collettività, che si presentano variegate, ed è proprio la finalità dell'eguale godimento dei diritti che sembra richiedere ed ritenere ammissibile, anche alla luce della giurisprudenza amministrativa già richiamata, uno spazio valutativo e decisorio delle amministrazioni, al fine di conseguire una convergenza sull'eguale godimento dei diritti che al momento, sovente, non sussiste, nel quadro di un regime amministrativo d'azione non sempre idoneo a sapere fronteggiare istanze imprevedibili e non predeterminabili.

Volendo limitare il discorso al sistema delle regioni, v'è concordia d'opinione nel ritenere che si tratta di realtà amministrative che divergono, precisamente, per risorse finanziarie, per spesa regionale, per contribuzione fiscale.

È proprio tale disomogeneità dei territori, dei bisogni degli individui e delle comunità che si ritiene chiami in causa il ruolo strategico che ciascuna amministrazione deve assumere, soprattutto in un cammino attuativo dei diritti sociali ancora da compiersi.

In particolare, se, da un lato, v'è il binario tracciato dai livelli essenziali, dagli indicatori di costo, dalle soglie di risultato stabilite in chiave omogenea dal legislatore statale, ciò non esclude ma, anzi, impone e rafforza il ruolo funzionalizzato di cura affidato alle amministrazioni, che dovrebbe esprimersi nella direzione della verifica immanente tra la dimensione astratta e generale della protezione positivamente stabilita e come i diritti sono ovvero potrebbero essere effettivamente goduti e protetti: le analisi presenti in letteratura mostrano come le differenze regionali nelle spese trovino giustificazione nelle caratteristiche demografiche del territorio, nella dotazione delle strutture, nel livello qualitativo della prestazione, e soprattutto nell'efficienza gestionale degli apparati, e ciò rafforza l'idea del ruolo essenziale delle amministrazioni come agenti gestori delle misure promozionali e delle disuguaglianze.

A sostegno delle ricorrenti asimmetrie sotto il profilo del costo dei diritti, coerentemente con i divari regionali e dal punto di vista dei "diritti costituzionalmente protetti che aspirano all'effettività", va considerata la disciplina del terzo comma dell'art. 119 Cost., e la l. n. 42 del 2009 ove sono previsti meccanismi perequativi<sup>54</sup> volti a livellare la diversa capacità fiscale delle regioni e ad assicurare la copertura dei livelli essenziali delle prestazioni, soprattutto in materia di sanità, istruzione, assistenza sociale, su tutto il territorio nazionale<sup>55</sup>.

54. La perequazione come strumento redistributivo previsto per superare i divari territoriali s'impenna sull'istituzione di fondi speciali, e sulla definizione di quote di partecipazione ai tributi erariali. In argomento, *ex multis*, anche per i riferimenti bibliografici, C. PINELLI, *Livelli essenziali delle prestazioni e perequazione finanziaria*, cit., 731 ss., e A. DE SIANO, *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria*, cit., soprattutto 81-146.

55. Cfr. anche per i riferimenti bibliografici, B. BALDI, *I "numeri" del federalismo fiscale: un confronto tra le Regioni*, in *Ist. fed.*, 2010, 512.



Su tale profilo, una riflessione s'impone su tutte: quando si fa riferimento all'argomento delle risorse disponibili, spesso, il discorso giuridico-economico sui diritti sociali non valorizza il fatto che proprio l'aspetto intensamente complesso delle risorse disponibili e delle decisioni pubbliche di bilancio spezza l'unità e relativizza ogni oggetto di riferimento, e ciò vale – *a fortiori* – per i diritti sociali, in ordine ai quali può risultare assai pericoloso, oltre che contrario alla lettera della Costituzione, continuare ad usare un argomento che implicitamente reca con sé il principio (e l'accettazione) della disuguaglianza – anche territoriale – delle risorse disponibili ai singoli livelli di governo quale elemento condizionante sia l'effettività dei diritti che la loro “geografia”, in termini di variabilità legata ai territori di appartenenza, ed alle loro risorse.

Le amministrazioni, allo stato, sono chiamate a diminuire ed ottimizzare (annualmente) i costi d'organizzazione e di prestazione, o meglio a contribuire con il conto economico consolidato<sup>56</sup> all'equilibrio di bilancio, in modo corrispondente all'obiettivo di medio termine stabilito a livello europeo, sulla base di vincoli generali e dei tagli alla spesa pubblica definiti sul piano nazionale, in ultimo condizionati dal *Fiscal compact* o Patto di bilancio<sup>57</sup>, contenuto

56. In base all'art. 2, comma 1, della legge di attuazione n. 243 del 2012 del principio del pareggio di bilancio di cui all'art. 81 Cost., il conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche è formato dagli aggregati contabili delle entrate e delle spese, classificati in conformità alle modalità stabilite dall'Unione europea, ove il saldo strutturale deve essere uguale all'obiettivo di medio termine o, per lo meno, deve assicurare il percorso di avvicinamento a questo. In argomento, si veda l'approfondita analisi di S. GABRIELE, *L'austerità un caso di eterogenesi dei fini*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2013, 55 ss., soprattutto nella parte in cui osserva che il *Fiscal compact* «richiede un bilancio sostanzialmente in pareggio (o in avanzo). Più dettagliatamente, è sufficiente che il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione (cioè il saldo corretto per gli effetti del ciclo economico al netto di misure una tantum e temporanee) sia pari all'obiettivo di medio termine specifico per il Paese, come è definito nel Patto di stabilità e crescita modificato, con il tetto massimo di disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato (1% in caso di debito molto inferiore al 60% e assenza di rischi per la sostenibilità di lungo termine), salvo deviazioni temporanee in circostanze eccezionali. (...) La seconda regola prevista è quella di un avvicinamento al rapporto debito/PIL del 60% con un ritmo di riduzione pari a un ventesimo l'anno. Si badi al fatto che il criterio non implica che il rapporto debba essere ricondotto in vent'anni al livello del 60%, ma piuttosto che ogni anno si debba verificare un ridimensionamento di un ventesimo della distanza dall'obiettivo, che di fatto si accosterebbe continuamente, ma potrebbe non essere mai raggiunto» (56–57). Inoltre, si veda la tabella 1. “Regola del debito e regola del pareggio”, ove si confrontano fino al 2040 l'evoluzioni (graficamente rappresentate) delle due variabili, debito e indebitamento netto rispetto al PIL, nel caso di rispetto dell'una e dell'altra regola.(59).

57. Sul punto, si veda R. PEREZ, *Fiscal compact e diritti sociali*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2013, 107 ss., ove si rileva che, rispetto al Patto di stabilità e crescita del 1997, non si tratta più di aderire a un principio (pareggio di bilancio e divieto di ricorso al debito) in vista del raggiungimento di un obiettivo, accertati entrambi al momento della sottoscrizione del Patto, ma s'impone che la stessa regola abbia carattere obbligatorio e permanente, possibilmente costituzionale. Il Patto di stabilità e crescita è stato modificato dal Parlamento europeo nel settembre 2011 mediante il *Six pack*, composto da cinque regolamenti e una direttiva, al fine di aumentare il controllo sulle politiche economiche dei paesi membri, modificando in senso restrittivo la disciplina del bilancio, introducendo sanzioni pecuniarie nei confronti dei paesi inadempienti, e consentendo alla Commissione di adottare determinazioni nell'ambito di una procedura con un'attenuazione dell'interme-

nel Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione economica e monetaria, dal *Six pack*, e dal Meccanismo europeo di stabilità<sup>58</sup>.

Occorre anche osservare che, in tema di diritti sociali, la legge di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio ha previsto l'istituzione – nello stato previsionale del Ministero dell'economia e delle finanze – di un Fondo straordinario per il concorso dello Stato (nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi di eventi eccezionali) al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Si tratta di un fondo destinato ad essere alimentato da una quota parte delle risorse derivanti dal ricorso all'indebitamento consentito dalla correzione, per gli effetti del ciclo economico, del saldo del conto consolidato<sup>59</sup>.

---

diazione della politica. Inoltre, è da osservare che gli stati che non hanno ratificato il *Fiscal compact* non hanno accesso all'erogazione degli aiuti finanziari previsti dal Meccanismo europeo di stabilità. Su tali temi, *ex multis*, anche per i riferimenti bibliografici, G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 2012, 9 ss.; A. BRANCASI, *Le nuove regole di bilancio*, M. P. CHITTI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo Lisbona*, 273 ss.; G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 461 ss.

58. Come noto, il Patto di stabilità e crescita, firmato ad Amsterdam nel 1997, ha stabilito che gli Stati aderenti all'euro siano sottoposti ad obblighi finanziari più rigorosi rispetto a quelli contenuti nel Trattato sull'Unione europea, consistenti nel raggiungimento, a medio termine, del pareggio o quasi pareggio del bilancio. Per il conseguimento di tali risultati, la commissione ed il Consiglio hanno richiesto agli Stati partecipanti al sistema monetario europeo (Sme), di indicare, annualmente, in un documento avente carattere informativo, denominato Programma interno di stabilità, le misure finanziarie adottate per rispettare gli obblighi comunitari. Le misure da inserire nel programma da presentare annualmente alla Commissione sono individuate nel c.d. Patto interno di stabilità, che contiene misure sia di finanza statale che di finanza locale. Sull'inquadramento non come accordo bensì come pacchetto di norme, in continua evoluzione che lo Stato impone agli altri livelli di governo, cfr. la lucida critica di R. PEREZ, *I nuovi contenuti del Patto di Stabilità interno*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 365, ove si formula l'interrogativo di come possa continuare a definirsi "Patto" «un complesso di norme fissato unilateralmente, approvato con un maxiemendamento, votato con il ricorso alla fiducia ed inserito nella legge finanziaria, ridotta in un unico articolo e in 572 commi, per strozzare la discussione e agevolarne l'approvazione, se del caso ricorrendo nuovamente alla fiducia.» In argomento, si vedano, altresì, Id., *La finanza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 587 ss.; Id., *Il Patto di stabilità e crescita: verso un patto di stabilità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 997 ss.; e più recentemente, Id., *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1043 ss.; F. NUGNES, *Elementi di continuità nelle distorsioni della decisione di bilancio in Italia*, *ivi*, 1057 ss.; G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e le misure di "riduzione" dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1303 ss.; C. BERGONZINI, *Teoria e pratica delle procedure di bilancio dopo la legge 196*, in *Quad. cost.*, 2011, 39 ss.; G. DELLA CANANEA, *Autonomie regionali e vincoli comunitari*, in *www.federalismi.it*, n. 25/2006; Id., *Il Patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv. fin.*, 2001, 559 ss.; Id., *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996. Sul versante dei tagli alla spesa pubblica, come noto, la legge che ha in modo organico avviato una politica di tagli alla spesa è la l. n. 57 del 1997 a seguito della quale la normazione in materia di finanza pubblica è divenuta pressoché sterminata. Nel contributo di A. DE SIANO, *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria*, *cit.*, 150-178, è contenuta una puntuale analisi diacronica delle leggi finanziarie dall'anno 2000 (l. n. 488/1999) al fine di verificare l'incedere legislativo prima e dopo la riforma, fino all'anno 2008.

59. Cfr. R. PEREZ, *Fiscal compact e diritti sociali*, *cit.*, 110, ove l'A. rileva la lacuna in

Tuttavia, proprio alla luce di tali dinamiche, i diritti e le amministrazioni non possono ritenersi “appesi” incondizionatamente ai numeri: nella cura dei diritti sociali fondamentali, dovrebbe ritenersi che le amministrazioni siano titolari di una riserva d'amministrazione che dovrebbe consentire di rendere flessibile i “numeri” da rispettare e da raggiungere nell'azione amministrativa, al fine di non determinare un'attività e/o una prestazione conforme solo formalmente al livello essenziale di protezione, ma inadeguata rispetto il carattere fondamentale del diritto e la sua strumentalità allo svolgimento del primato della persona<sup>60</sup>.

Quel che preme rilevare è che la definizione dei livelli essenziali è espressione di un indirizzo politico unificante, ossia scelte politiche dello Stato che si traducono in fissazioni di standard minimi di erogazione che diventa obbligatorio assicurare in corrispondenza dell'esercizio di posizioni giuridiche di diritto soggettivo (diritti sociali), ma, per il suo tramite, non può ritenersi compreso il principio di differenziazione delle scelte e delle politiche di ogni ente, laddove può risultare necessario che le soglie di tutela siano rese flessibili<sup>61</sup>.

Nel dibattito, invero, alcune riflessioni evidenziano la necessità di interpretare la clausola costituzionale sui livelli essenziali nell'ottica di trovare un punto d'equilibrio tra la fedeltà del progetto costituzionale del 1948 e la realizzazione della discontinuità voluta dalla riforma del Titolo V della Costituzione mediante una considerazione restrittiva del ruolo dello Stato, «se con questa clausola, lo Stato viene elevato a tutore dei diritti, mantenendo una posizione differenziata (..) nei confronti degli altri soggetti di autonomia politica, è evidente l'importanza di una corretta definizione dei confini di questo

---

ordine al finanziamento delle prestazioni non coperte dal sistema del concorso statale nel finanziamento.

60. Un esempio può essere utile a sintetizzare il rilievo: laddove, la regione sia vincolata con il superiore ministero della sanità in virtù di un piano di rientro triennale che allinei la spesa sanitaria regionale alla media nazionale su singole categorie di LEA e LEP, e per l'anno 2013, la cabina di regia ministeriale e regionale assegni alle singole aziende sanitarie provinciali quali obiettivo annuale l'abbattimento percentuale delle spesa farmaceutica, inserendo tale obiettivo nel piano della performance e negli obiettivi di tutti i dirigenti medici (compresi quelli operativi in ambito chirurgico), e i medici che non raggiungessero l'obiettivo del “- X% di prescrizioni di farmaci” per i loro pazienti e motivassero nella relazione annuale che tale obiettivo non è conseguibile se non mettendo seriamente in pericolo la vita degli assistiti, dovrebbe considerarsi raggiunto l'obiettivo assegnato per il singolo medico che ha protetto le esigenze di cura del paziente (ai fini della percezione della retribuzione di risultato), e per l'azienda sanitaria che riporta il dato conseguito sul piano regionale e ministeriale. Tale esempio è un paradosso. Ma vuole rafforzare il monito per quella riflessione giuridica già richiamata che utilizza il tema delle risorse disponibili come una sorta di irreversibile scacco matto a danno sia delle amministrazioni che degli utenti.

61. In senso conforme, A. POGGI, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, cit., 1715 ss., secondo cui la mancata individuazione dei livelli essenziali determina, non solo e non tanto il venir meno di un teorico circolo virtuoso, quanto il prodursi di differenziazioni territoriali che non trovano il limite della cittadinanza sociale, nella prospettiva che intende evidenziare che la determinazione affidata al legislatore statale rimane una scelta politica.

potere, al fine di evitare che la sua applicazione finisca per svilire il ruolo e le attribuzioni costituzionali degli altri enti territoriali»<sup>62</sup>.

Nel cammino ancora da compiersi, certamente, l'introduzione di soglie di tutela – nelle attese – dovrebbe condurre progressivamente a due risultati.

Da un lato, la rimozione di disuguaglianze legate ai territori d'appartenenza, anche quali concause delle disuguaglianze personali e, dall'altro, l'allineamento delle amministrazioni ad una nuova procedimentalizzazione attuativa ove il livello essenziale, i costi, i fabbisogni, e gli obiettivi di servizio punteggiano in modo lineare e trasparente il rapporto amministrativo con il cittadino ed i suoi diritti costituzionali.

#### **4.2. Diritti sociali, Amministrazione e principio di sussidiarietà "sociale"**

Nel dibattito, l'attenzione ai fenomeni di crisi delle forme organizzative classiche dello Stato sociale, appare ancora segnata dal riferimento – assai ricorrente dalla riforma costituzionale del 2001<sup>63</sup> – al principio della sussidiarietà

62. Cfr. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, cit., 9. Ed inoltre, in senso critico sull'attuale sistema, A. DE SIANO, *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria*, cit., 209, laddove rileva che «proprio per evitare un uso illegittimo del potere di determinazione dei lep, il sistema dovrebbe spiegarsi mediante una legge statale che individui le prestazioni minime standard, ed un successivo intervento di regolazione da parte degli altri livelli di governo volto a determinare le modalità di svolgimento dei relativi compiti.» Sul piano della situazione giuridica soggettiva, l'A. pone una definizione articolata, affermando che, in tal modo, tutti i cittadini saranno titolari di un diritto soggettivo all'ottenimento della prestazione standard (quanto ad organizzazione, quantità e qualità del servizio reso), ed inoltre «a seconda delle scelte di ciascun soggetto territoriale erogatore del servizio potrebbero sorgere in capo ai rispettivi cittadini una ulteriore situazione giuridica soggettiva (di interesse legittimo o di diritto soggettivo a seconda della previsione normativa che lo disciplina) all'ottenimento di un beneficio aggiuntivo rispetto alla prestazione base.».

63. In argomento, oltre i riferimenti già citati, si veda G. BERTI, *La revisione della forma di Stato*, in *La riforma del Titolo V Parte II della Costituzione*, C. BOTTARI (a cura di) Rimini, 2003, 39 ss.; M. CAMMELLI, *Relazione*, in *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, G. BERTI, G. C. DE MARTIN, Milano, 2001, 87 ss.; Id. *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 1273 ss.; S. CASSESE, *L'amministrazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1193 ss.; V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI, *Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri*, in *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), Bologna, 2004, 11 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Regioni*, 2002, 445 ss.; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V Parte II della Costituzione e sistema amministrativo*, ivi, 2001, 1305 ss.; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, ivi, 2003, 439 ss.; F. FRACCHIA, *Le funzioni amministrative nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, G. F. FERRARI, G. PARODI (a cura di), Padova, 2003, 159 ss.; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2002, 409 ss.; G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale. Considerazioni introduttive*, in A.I.P.D.A., *Annuario 2002*, Milano, 2003, 463 ss.; D. SORACE, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime*

orizzontale o sociale<sup>64</sup>, in connessione con la ricerca di una dimensione di soluzione dei rapporti fra poteri pubblici e società, nei termini di riduzione<sup>65</sup> della sfera pubblica, a vantaggio di poteri privati ed iniziative, con o senza profitto, che possano sostituirsi all'intervento pubblico per svolgere attività di interesse generale.

Non può ignorarsi che, in ragione della forte incidenza di quei diversi fattori richiamati (di ordine culturale, sociale, tecnico-organizzativo, ed economico-finanziario) non soltanto non può dirsi esaurita ma, anzi, può considerarsi notevolmente acuita la necessità di una costante valutazione che abbia ad oggetto la verifica dell'equilibrio fra il regime giuridico dell'attività di promozione e/o di protezione considerata e lo statuto costituzionale (e le finalità) dei diritti sociali, in termini di efficacia e di efficienza dell'attività corrispondente alla pretesa d'esercizio dei diritti<sup>66</sup>.

La sussidiarietà sociale, quale svolgimento spontaneo dei contesti (sociali ed economici) più sviluppati, influenza il regime giuridico dell'attività di prestazione, in ordine alla quale quattro ordini di considerazioni appaiono necessarie, al fine di delimitare la portata di tale principio in relazione ai diritti sociali.

In termini generali, la qualificazione delle istituzioni pubbliche come entità sussidiarie riflette quella peculiare concensione dello Stato, dei suoi poteri, e dei suoi rapporti con la società, che rispecchia e rispetta il primato dell'autodeterminazione della società in sé medesima.

In tal modo, l'autodeterminazione della società esprime la vocazione di partecipare all'ordinamento e di concorrere alla tutela ed allo sviluppo della persona e della comunità: come è stato osservato, con essa, la Costituzione mette una "tecnica" al servizio del valore del pluralismo<sup>67</sup>.

---

considerazioni, in *Regioni*, 2002, 757 ss.; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2004.

64. Le riflessioni sul principio sono innumerevoli: *ex multis*, si vedano i contributi dedicati di G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Napoli, 177 ss.; M. CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, 453 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, XXX, Torino, 2003; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di G. Berti*, cit., II, Napoli, 2005, 1749 ss.; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.

65. Per una riflessione radicale sull'argomento, si veda, *ex multis*, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

66. Cfr. G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto della salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 87; inoltre, A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, *ivi*, 51 ss., laddove rileva che l'uso frequente del principio, proposto come soluzione di ogni problema nei rapporti fra livelli istituzionali o fra Stato e società, ne fa «uno *Zauberwort*, una parola magica, o comunque, soprattutto nell'uso che ne fa il linguaggio politico, una parola d'ordine che, senza eccessiva riflessione, viene collegata ad altre parole chiave, ormai correnti, quali autonomia, deregulation, privatizzazione.»(57).

67. Cfr. A. RUGGERI, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*, 2001, 191 ss.

Infatti, pur dovendo riconosce che, in tale principio, convergono matrici culturali risalenti e diversificate, il significato che esso esprime non sembra racchiuso in una concezione antagonista del rapporto fra Stato e società, ossia la valenza negativa del non intervento del potere pubblico, quanto piuttosto, in armonia con i principi personalistico e pluralistico dell'art. 2 Cost., la valorizzazione della capacità e dell'autonomia della persona, accanto a quella dei gruppi sociali e delle società minori, all'interno della società generale e delle strutture nelle quali essa organizza il potere.<sup>68</sup>

Pur considerato, da alcuni, una blanda disposizione costituzionale per la cauta forma verbale («Stato, Regioni, città metropolitane, Province e Comuni favoriscono...») contenuta nell'ultimo comma dell'art. 118 Cost., la forza precettiva del principio non appare disperso in ragione del duplice profilo di complessa indeterminatezza che esso presenta.

Questa è la seconda considerazione: da un lato, la sussidiarietà sociale non offre alcuna soluzione riguardo la consistenza del patrimonio funzionale che deve transitare in capo alla comunità, per quali specifiche cause e criteri; e dall'altro, non si esprime solo in termini di interscambio tra pubblico e privato, poiché deve considerarsi la sussidiarietà esistente tra diverse forme di privato.<sup>69</sup>

In tale cornice, s'avverte anche un irrisolto nodo di fondo dell'impostazione propria del principio di sussidiarietà che, per alcuni, rimane consistere nell'insufficiente idoneità dei criteri di alternatività e di fungibilità per spiegare il rapporto tra l'intervento pubblico e l'iniziativa privata, che non vengono considerate omogenee tra loro e differenziabili sulla base della maggiore efficienza o adeguatezza: in particolar modo, s'è osservato che esse non possono esprimere le stesse situazioni di partenza e le stesse caratteristiche.<sup>70</sup>

68. Negli anni anni interessati dall'avvento della riforma costituzionali del 2001, in questi termini, P. DURET, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 126; richiama il fondamento del principio pluralistico, anche G. PASTORI, *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA (a cura di), Padova, 1999, 171 ss.; Id., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 1749 ss.; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale nei diritti sociali*, cit., 66 ss.

69. Cfr. E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizio sociali*, in *Diritto pubbl.*, 2002, 105 ss., C. MARZUOLI, *Istruzione e Stato sussidiario*, ivi, 117 ss.

70. Cfr. E. FERRARI, *op. ult. cit.*, 115, il quale, altresì, ha cura di evidenziare che «la semplice affermazione di una preferenza per i privati non è in grado di dare alcuna risposta a questa serie di problemi. Il principio di sussidiarietà non ci aiuta né ad analizzare la situazione in questione, né ad abbozzare una risposta. E c'è di più: prescrivendo che le attività pubbliche sono accessorie di quelle private, il principi di sussidiarietà presuppone che l'uno e l'altro gruppo di attività siano tra di loro simili, e quindi intercambiabili. Ma proprio in tema di protezione di base questa idea di fungibilità si dimostra fallace: una protezione di base per tutti i componenti della collettività non può che essere prevista ed assicurata dalla collettività generale stessa. Naturalmente si può immaginare una situazione sociale nella quale una serie veramente ampia ed articolata di interventi privati renda superflua una protezione di base pubblica. Tuttavia, senza affrontare qui il problema del se una simile situazione esista o sia esistita concretamente, è chiaro che la protezione di base pubblica e il complesso degli interventi privati non sono la stessa cosa. I secondi possono avere



Fermi tali rilievi, occorre osservare – quale terzo profilo – che il primato della società è espressamente riconosciuto anche nell'elaborazione costituzionale (e nel termine “favoriscono”) del principio della sussidiarietà sociale, che rimanda ed implica ad un'altra parte del tessuto costituzionale e, precisamente all'art. 41, comma 3 Cost. (di cui si è già detto) laddove consente ai pubblici poteri di porre in essere misure di indirizzo e coordinamento nei confronti delle attività economiche affinché conseguano fini sociali: in questa prospettiva, fissati dalla legge (in ragione dell'art. 117 Cost.) i livelli essenziali delle prestazioni (gli elenchi di servizi, le quantità di prestazioni e le loro qualità) è nell'ambito della libertà di iniziativa economica che anche la società può agire per i diritti sociali.

Per le ragioni esposte, si ritiene aderente al dettato costituzionale ed in special modo al principio di eguaglianza sostanziale, l'interpretazione che affida i diritti sociali alla libertà d'iniziativa economica privata, ed agli effetti distributivi della sussidiarietà sociale.

I livelli essenziali, nel loro progressivo compiersi, aspirano ad attenuare le differenze tra i territori ed i diritti sociali.

E tale funzione primaria può essere svolta anche mediante la completa conferibilità dei compiti di benessere alle realtà comunitarie, la quale, ove si realizzasse, condurrebbe ad un alleggerimento dei compiti pubblici, fermo il rilievo delle funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo sulla corrispondenza dell'attività privata alla cogenza della disciplina costituzionale, legislativa, e regolamentare dei diritti sociali (diversa e variegata per ciascun diritto).

Il rilievo di tali profili è essenziale al fine di considerare che il principio di sussidiarietà sociale diventa operativo nelle mani delle amministrazioni, ponendo non «un criterio materiale, ma un criterio procedurale», nella misura in cui «non dice per ciascuna attività di interesse generale quale scelta deve farsi tra soggetto pubblico oppure soggetto privato, ma dice quale cammino argomentativo bisogna percorrere per arrivare a tale decisione»<sup>71</sup>, nell'ottica finalistica dell'eguale godimento dei diritti.

---

l'effetto di rendere superfluo la prima, ma la previsione e l'esistenza della prima non è una variabile dipendente dell'esistenza dei primi»(109-110).

71. Cfr. G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 47, il quale, altresì osserva che «nella comparazione tra attività svolta dai (o che potrebbero svolgere i) privati, e attività svolta dai (o che potrebbero svolgere i) poteri pubblici, soprattutto quando si debbono valutare costi e risultati, gli elementi da valutare sono così numerosi, gli apprezzamenti possibili così ampi, le ponderazioni dei diversi elementi così necessariamente convenzionali, gli accertamenti così difficili e approssimativi, che in pratica, tranne casi semplici ed evidenti, la conclusione non è mai predeterminabile, e gli unici vincoli nei confronti del potere pubblico, prima di decidere in un senso o nell'altro, stanno nell'onere di argomentare ragionevolmente e di seguire eventualmente le procedure previste» (32).





## BIBLIOGRAFIA

- AMORTH A., *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948
- AICARDI N., *La sanità*, S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, 625 ss.
- ALBANESE A., *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007
- ALBANESE A., MARZUOLI C. (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003
- AINIS M., *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giur cost.*, 1992, 597 ss.
- ALBER J., *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa*, 1982, trad. it., Bologna, 1986
- ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati, Teoria generale* (1946), II, Milano, 1956
- ALLEGRETTI U., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Procedura, procedimento, processo*, Atti del convegno di studi giuridici (Urbino 14 e 15 giugno 2007), Padova, 2010, XIII.
- ALLEGRETTI U., *Il pensiero amministrativistico di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Jus*, 2007, 227 ss.
- ALLEGRETTI U., *Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 145 ss.
- ALLEGRETTI U., *Costituzione e diritti cosmopoliti*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, in GOZZI G. (a cura di), Bologna, 1997
- AMIRANTE C., *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2000
- AMIRANTE C., voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 1 ss.
- ANDREIS M. (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006
- ANSCHUTZ G., *Die Verfassung des deutschen Reichs*, XIV ed., Berlino, 1933, 584 ss.
- ANTONINI L., *Competenza, finanziamento e accountability in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali*, in *Riv. dir. fin.*, 2003, 70 ss.
- ANTONINI L., *Il principio di sussidiarietà: un fondamento del nuovo welfare*, in *Aretè*, 2008, 13 ss.
- ARENA G. CORTESE F., *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, 2011,

- ARENA G., *Modelli organizzativi e democrazia nell'amministrazione*, in *La democrazia di fronte allo Stato: una discussione sulle difficoltà della politica moderna*, Annali Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 2010, 153 ss.
- ARENA G., *Ripartire dai cittadini*, in *Beni pubblici e servizi sociali in tema di sussidiarietà*, Torino, 2007, 77 ss.
- ARENA G., *Sussidiarietà e nuova cittadinanza*, in AA.Vv., *Sussidiarietà e diritti*, Napoli, 2007, 117 ss.
- ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti* Napoli, I, 2005, 177 ss.
- ARENA G., *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 2005, 140 ss.
- ASTONE F., CALDARERA M., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006
- AZZARITI G., *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, 84 ss.
- AZZENA L., *La costruzione del principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 13 ss.
- AZZENA L., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998
- BACHOF O., *Freiheit des Berufs*, in BETTERMAN, NIPPERDEY, SCHEUNER, (a cura di), *Die Grundrechte*, III, Berlino, 1958, 169 ss.
- BALBONI E., *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di uguaglianza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 296 ss.
- BALBONI E., *Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali*, in AA.Vv., *La tutela multilivello dei diritti sociali*, BALBONI E. (a cura di), vol. I, Napoli, 2008, 3 ss.
- BALBONI E., *Livelli essenziali: il nome nuovo dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 27 ss.
- BALBONI E., *Il concetto di "livelli essenziali ed uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Ist. fed.*, 2001, 1103 ss.
- BALBONI E., *I servizi sociali*, in AMATO G. E BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, III, *L'azione dei pubblici poteri*, V° ed., Bologna, 1997, 168 ss.
- BALDASSARE A., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.* Treccani, XI, Roma, 1989, 1 ss.
- BALDASSARE A., voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.* Treccani, XI, Roma, 1989, 1 ss.
- BALDASSARE A., voce *Diritti pubblici soggettivi*, Treccani, XI, Roma, 1989, 1 ss.
- BARBERA A., *Art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1975, 51 ss.
- BATTAGLIA A., *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1169 ss.
- BARILE P., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987
- BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007
- BECK U., *Disuguaglianza senza confini*, trad. it. di *Die Neuvermessung der Ungleichheit unter den Menschen: soziologische Aufklärung im 21. Jahrhundert* (2008), Roma-Bari, 2011
- BELLAVISTA M., *Servizi sociali, struttura delle pretese soggettive sostanziali e tecniche di tutela*

- sommatoria nel processo amministrativo, in AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti sociali*, BALBONI E. (a cura di), I, Napoli, 2008, vol. II, 973 ss.
- BELVISI F., *Cittadinanza*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2007, 121 ss.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà positiva*, Venezia, 1994
- BENVENUTI F., *L'Amministrazione oggettivata*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, IV ed., Padova, 1959
- BERLINGÒ V., *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. Amm.*, 2012, 143 ss.
- BERLINGÒ V., *La nozione di servizio sociale e la qualificazione giuridica delle pretese a ricevere le prestazioni di cui alla legge 328 del 2000*, in FERRARA R., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A. (a cura di), *Codice delle cittadinanze. Commentario dei rapporti tra privati ed amministrazioni pubbliche*, Milano, 2006, 847 ss.
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1990
- BERTI G., *Perennità della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1975 III, 1739 ss.
- BIANCHI P., *Il welfare municipale dopo la riforma del Titolo V: uno snodo critico per la prospettiva multilivello*, in AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti sociali*, BALBONI E. (a cura di), vol. I, Napoli, 2008, vol. II, 737 ss.
- BRANCASI A., *El modelo italiano de federalismo fiscal*, in *Revista Espanola de derecho constitucional*, 2010, 189 ss.
- BRANCASI A., *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, in PINELLI C., TREU T., *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 347 ss.
- BRANCASI A., MERLONI F., *Politiche statali, politiche regionali e autonomia politico-amministrativa e finanziaria degli enti territoriali*, in *Regioni*, 2009, 22 ss.
- BIFULCO D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003
- BIN R., *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, 368 ss.
- BIN R., *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti. Relazione al convegno "Il governo degli interessi territoriali e i diritti dei cittadini"*, Torino, 26 ottobre 2002, in *Ist. fed.*, 2003, 195 ss.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Diritto costituzionale*, VIII ed., Napoli, 1968
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1986
- BOBBIO N., *Introduzione a G. Gurvitch. La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, 1949
- BOSCOLO E., CAFAGNO M., *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in DELLA CANANEA G., DUGATO M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 85 ss.
- BOERI T. I., *Uno Stato asociale. Perché è fallito il Welfare in Italia*, Bari, 2000
- BOUTON L., GASSNER M., VERARDI V., *The tragedy of the Commons or the Curse of Federalism*, in *Luxembourg Income Study Working Papers, Maxwell School of Citizenship and Public Affairs*, Syracuse University, n. 420, 2005.
- BRANCASI A., *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 909 ss.
- BRIANI R., *Mezzi e forme di tutela giurisdizionale degli utenti dei servizi non economici*, in CORPACI A. (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003, 47 ss.

- CALAMANDREI P., LEVI A., BARBERA G. (a cura di), *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1949, I
- CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, ora in *Scritti politici*, BOBBIO N. (a cura di) Firenze, 1966, II, 380 ss.
- CAMMELLI M., *Per uno statuto dell'utente*, in *Pol. dir.*, 1981, 447 ss.
- CAMMEO F., *Corso di Diritto amministrativo* (1914), Padova, 1960
- CAMPANELLI G., CARDUCCI M., GRASSO N., TONDI DELLE MURA V. (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *I servizi sociali*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F., SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 1019 ss.
- CANCILLA F., *Servizi di Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, 2010
- CANTILLON B., VANDENBROUCKE F. (a cura di), *For Better, for Worse, for Richer, for Poorer. Labour Market Participation, Social Redistribution and Income Poverty*, Oxford: Oxford University Press, 2013
- CARAVITA B., *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984
- CARBONI G. C., *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica negli ordinamenti decentrati, tra limiti costituzionali e vincoli economici*, in *Regioni*, 2011, 605 ss.
- CARAVITA B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss.
- CARETTI P., *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 2013, 1 ss.
- CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, e soprattutto 489 ss.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, VI ed., 2012
- CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, II ed., 2012
- CARLOTTI G. (a cura di), *Codice commentato del processo amministrativo*, Commentari moderni, Juranet, 2012
- CARLOTTI G., *Il nuovo procedimento amministrativo*, Padova, 2005
- CARLASSARE L., *La sovranità del popolo nel pluralismo della democrazia liberale*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Id. (a cura di), Padova, 2004, 3 ss.
- CARLASSARE L., *L'impegno per l'attuazione della Costituzione: dalle norme programmatiche alla sovranità popolare*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1994, 59 ss.
- CARLASSARE L., *La "Dichiarazione dei diritti" del 1789 e il suo valore attuale*, in CARLASSARE L., (a cura di), *Principi dell'89 e Costituzione democratica*, Padova, 1991, 29 ss.
- CARLONI E., *Lo Stato differenziato: contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004
- CAROLI CASAVOLA H., *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004
- CARULLO A., ARCIDIACONO L., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2011
- CARULLO A., ARCIDIACONO L., *Diritto costituzionale*, Padova, 2011

- CARULLO A., *La problematica giuridica*, in *Le professioni educative e formative: dalla domanda sociale alla risposta legislativa. Il processo scientifico, professionale e normativo del riconoscimento nazionale ed europeo*, Padova, 2011, XLII ss.
- CARULLO A., *Il pluralismo degli ordinamenti e il rapporto tra professioni e funzioni dello Stato*, in *Le professioni educative e formative: dalla domanda sociale alla risposta legislativa. Il processo scientifico, professionale e normativo del riconoscimento nazionale ed europeo*, Padova, 2011, 183 ss.
- CASSETTA E., voce *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 791 ss.
- CASSETTA E., *Manuale di Diritto amministrativo*, IX ed., Milano, 2007
- CARRER M., ROSSI S., *La sussidiarietà: metamorfosi e trasfigurazione*, in *Quad. cost.*, 2012, 259 ss, e soprattutto 266 ss.
- CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002
- CASSESE S., *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.
- CASSESE S., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1998
- CASSESE S., *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 89 ss.
- CASSESE S., *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in *Pol. dir.*, 1986, 253 ss.
- CASSESE S., RODOTÀ S., *Il controllo sociale dei servizi pubblici*, in AMATO G., CASSESE S., RODOTÀ S. (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, 209 ss.
- CARAVITA B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984
- CAROLI CASAVOLA H., *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004
- CAVALLO PERIN R., *La disciplina del servizio pubblico*, in LENTI L., *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia, Trattato di diritto di famiglia*, ZATTI P. (diretto da), VI, Milano, 2012, 699 ss.
- CAVALLO PERIN R., CONSITO M., *Le professioni di servizio sociale*, in LENTI L., *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia, Trattato di diritto di famiglia*, ZATTI P. (diretto da), VI, Milano, 2012, 755 ss.
- CAVALLO PERIN R., RACCA G.M., *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità di un sistema di concorrenza*, in PIOGGIA A., CIVITARESE MATTEUCCI S., RACCA G.M., DUGATO M., *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, 2011, Rimini, 193 ss.
- CAVALLO PERIN R., LENTI L., RACCA G.M., ROSSI A. (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, 2010
- CAVALLO PERIN R., GAGLIARDI B., *Doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in CAVALLO PERIN R., LENTI L., RACCA G.M., ROSSI A. (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, 2010, 11 ss.
- CAVALLO PERIN R., GAGLIARDI B., *Pluralità di soggetti e di prestazioni nelle obbligazioni*, in CAVALLO PERIN R., LENTI L., RACCA G.M., ROSSI A. (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, 2010, 1 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Giurisdizione Ordinaria e Pubblica Amministrazione: l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, Abolizione del contenzioso amministrativo, art. 2, sez. II*, in ROMANO A., VILLATA R., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Padova, 2009, 16 ss.

- CAVALLO PERIN R., CONSITO M., *Assistenza sociale*, in SESTA M., *Codice della famiglia*, III, Milano, 2009, 5247 ss.
- CAVALLO PERIN R., GAGLIARDI B., *Le prestazioni riservate alle organizzazioni pubbliche e gli oggetti possibili dei contratti a terzi in sanità*, in CIVITARESE MATTEUCCI S., DUGATO M., PIOGGIA A., RACCA G. M., *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario: un primo bilancio*, I, Rimini, 249 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Intervento al Convegno Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici*, in ASTONE F., CALDARRA M., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 126 ss.
- CAVALLO PERIN R., *L'ossimoro della locuzione "cittadinanza globale"*, in *Dir. amm.*, 2005, 211 ss.
- CAVALLO PERIN R., *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 201 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993
- CERULLI IRELLI V., *La governance del federalismo fiscale*, in *Il federalismo fiscale alla prova dei decreti delegati*, Milano, 233 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 56 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.
- CERULLI IRELLI V., *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Dem. e dir.*, 2005
- CHITI M. P., GRECO G., (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Milano, 2007
- CICALA G., *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1965
- CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.
- COCCONI M., *Il valore costituzionale della salute come criterio-guida delle scelte legislative e di organizzazione: fra esigenze di concreta realizzazione e fedeltà alla propria consistenza ontologica*, in *Sanità pubblica*, 1991, 289 ss.
- COCCONI M., *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998
- COCCONI M., *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, 2006
- COCCONI M., voce *Istruzione pubblica*, in CLARICH M., FONDERICO G. (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 ore, Milano, 2007, 397 ss.
- CODINI E., *Commento all'art. 14*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 348 ss.
- COLAPIETRO C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996
- COLAPIETRO C., *I trattamenti pensionistici ed il limite delle risorse disponibili nella Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 544 ss.
- COLAPIETRO C., *La tutela previdenziale dei lavoratori pensionati già esposti all'amianto torna all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 869 ss.,
- COMINO A., DE MARCO A., NATALINI A., *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in TORCHIA L. (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005, 93 ss.



- CONTI F., SILEI G., *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, 2013
- CORPACI A., *Le prospettive della legislazione regionale in materia di istruzione*, in *Regioni*, 2007, 27 ss.
- CORSO G., *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, in *Nuove Autonomie*, 2011, 17 ss.
- CORSO G., LOPILATO V. (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006
- CORSO G., *Principi costituzionali sull'istruzione*, in MARZUOLI C. (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, 35 ss.
- CORSO G., *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1073 ss.
- CORSO G., *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Sociologia del diritto*, 1990, 109 ss.
- COSTA P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. L'età delle rivoluzioni*, II, Roma-Bari, 2000
- CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 757 ss.
- CRISAFULLI V., *Stato democratico e società, oggi.*, (1982), in Id., *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985, 333 ss.
- CRISAFULLI V., *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 54 ss.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952
- CRISAFULLI V., *Le norme programmatiche in Costituzione*, in *Studi in memoria di Luigi Rossi*, 227 ss.
- CUOCOLO L., *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2005
- CUOCOLO L., *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Dir. economia*, 2003, 389 ss.
- D'ALBERTI M., *L'effettività ed il diritto amministrativo*, Napoli, 2001
- D'ALESSIO G., (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, 1979
- D'ALOIA A., *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudero*, II, Napoli, 2008, 689 ss.
- D'ALOIA A., *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei sistemi essenziali delle prestazioni*, in *Regioni*, 2003, 1063 ss.
- D'ALOIA A., *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, VII ss.
- D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002
- DAHL R., *Efficienza dell'ordinamento "versus" effettività della cittadinanza: un dilemma della democrazie*, in *La democrazia alla fine del secolo*, LUCIANI M. (a cura di), Roma-Bari, 1994, 5 ss.
- DANIELE N., *La pubblica istruzione*, II ed., Milano, 2001
- D'ARRIGO C. M., voce *La razionalizzazione dello Stato sociale, Salute (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, agg., Milano, 2001, 1009 ss.
- DE LEONARDIS F., *Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future*, in ASTONE F., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F., *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Soveria Mannelli, 2010, 51 ss.
- DELLA CANANEA G., DUGATO G. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006
- DE PRETIS D., *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, in *Giustamm.it*, 2012

- DE SIANO A., *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria*, Torino, 2008
- DE SIERVO U., voce *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. Disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 445 ss.
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in ORLANDO V. E. (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, VI, parte I, Milano, 1930, 377 ss.
- DICIOTTI E., *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2004, 49 ss.
- DUGATO M., *Il principio di sussidiarietà dal diritto comunitario alla Costituzione italiana e le sue applicazioni in tema di servizi pubblici*, in *L'integrazione europea, il principio di sussidiarietà e la riforma istituzionale della Provincia autonoma di Trento*, Milano, 2011, 9 ss.
- DUGATO M., PIPERATA G., *La collaborazione tra soggetti pubblici e privati nel settore sanitario dell'Europa orientale*, in *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011, 329 ss.
- DUGATO M., *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 55 ss.
- DUGATO M., DELLA CANANEA G., (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006
- DUGATO M., *Sussidiarietà e salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 1722 ss.
- DURET P., *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004
- ESPOSITO C., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954
- EVERS A., GUILLEMARD A. M. (a cura di), *Social Policy and Citizenship*, Oxford: Oxford University Press., 2012
- FALCON G., *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Regioni*, 2011, 241 ss.
- FALCON G., voce *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988
- FERIOLI E., *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a temperare autonomia e uguaglianza*, in *Le Regioni*, 2006, 224 ss.
- FERIOLI E., *Finanziamento della spesa sociale e Corte costituzionale: le contraddizioni di un "federalismo fiscale" ancora inattuato*, in *Foro it.*, 2005, I, 2294 ss.
- FERIOLI E., *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003
- FERRARA L., *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in CASSESE S., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5576 ss.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni e l'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2011
- FERRARA R., *Il diritto alla felicità e il diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1043 ss.
- FERRARA R., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in FERRARA R. (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, Milano, 2010
- FERRARA R., *L'ordinamento della Sanità*, Torino, 2007
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005
- FERRARA R., *Il "posto" del diritto amministrativo: fra tradizione e globalizzazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 139 ss.
- FERRARA R., *Prestazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive degli utenti del Servizio sanitario nazionale*, in FERRARA R., VIPIANA P. M., *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999, 183 ss.

- FERRARA R., voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513 ss.
- FERRARI E., *I servizi sociali*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, II ed., Milano, 2003, 891 ss.
- FERRARI E., *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 ss.
- FERRARI E., *I servizi sociali, I, Introduzione, materiali e coordinate*, Milano, 1986
- FERRAJOLI L., *Lo stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, in AA. VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, VIOLA F. (a cura di), Bologna, 2012, 309 ss.
- FERRAJOLI L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 141 ss.
- FERRAJOLI L., *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 25 ss.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007, 39 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, in VITALE E. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001, 26 ss.
- FERRARESE M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000
- FERRERA M., *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e mercato*, 2013, 3 ss.
- FERRERA M., FARGION V., JESSUOLA M., *Alle radici del Welfare all'italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato*, Venezia, 2012;
- FERRERA M., *Trent'anni dopo: il welfare state europeo fra crisi e trasformazione*, in *Stato e mercato*, 2008, 41 ss.
- FERRERA M., *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993
- FOÀ S., *Numero chiuso universitario in area medica e quote riservate per residenti: la previsione deve essere indispensabile per la qualità del servizio pubblico sanitario*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2010, 1807 ss.
- FOLLIERI E., *Le funzioni amministrative del Titolo V parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 439 ss.
- FORSTHOFF E., *Stato di diritto in trasformazione*, 1964, trad. it., Milano, 1973
- FRACCHIA F., *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 451 ss.
- FRACCHIA F., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 13 ss.
- FRACCHIA F., *I diritti sociali ed economici delle persone ed i loro doveri*, in FRACCHIA F., *Manuale di Diritto pubblico*, 2010, 117 ss.
- FRACCHIA F., *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008
- FRACCHIA F., *Istruzione e differenziazione: la centralità dello studente tra solidarietà intergenerazionale e sviluppo della persona*, in ASTONE F., CALDARRA M., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 143 ss.
- FRACCHIA F., *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. economia*, 2004, 41 ss.
- FRANCHINI C., DELLA CANANEA G., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010
- FREGO LUPPI S. A., *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004

- FRIESENHAHN E., *Die politischen Grundlagen im Bonner Grundgesetz*, in *Recht-Staat – Wirtschaft*, II, Stuttgart, 1950, 178 ss.
- GALLO C. E., *Gli utenti del Servizio sanitario nazionale e le loro situazioni soggettive*, in ROVERSI MONACO F. (a cura di), *Riordinamento del Servizio sanitario nazionale*, Rimini, 1991, 154 ss.
- GIANFRANCESCO E., *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia, e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 1/2011
- GIANNINI M. S., *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 389 ss.
- GIANNINI M. S., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il politico*, 1977, 205 ss.
- GIANNINI M. S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964
- GIGANTE M., *L'istruzione*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, II ed., Milano, 2003, 779 ss.
- GIGLIONI F., *I servizi sanitari*, in TORCHIA L., *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005, 19 ss.
- GIORGIS A., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in Aa.Vv., *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, D'ALOIA A. (a cura di), Milano, 2003, 111 ss.;
- GIORGIS A., voce *Diritti sociali*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, dir. da CASSESE S., vol. III, 2006, 1903 ss.
- GIORGIS A., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in D'ALOIA A., *Diritti e Costituzione*, Milano, 2003, 111 ss.
- GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999
- GOZZI G., *Modelli politici e questione sociale in Italia e Germania fra Ottocento e Novecento*, Bologna, 1988
- GRECO G., *Riserva relativa di legge e criteri (impliciti) desunti dalla normativa comunitaria: il caso del numero chiuso alla facoltà di medicina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 864 ss.
- GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili della Costituzione italiana*, Padova, 1972
- GUALDANI A., *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007
- GUALDANI A., *Servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in TRAVI A., (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2002, 13 ss.
- GUZZAROTTI A., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 9 ss.
- GUIGLIA G., *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007
- GUIGLIA G., *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Padova, 2005
- HABERLE P., *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993
- HAUSERMANN S., *The Politics of Welfare State Reform in continental Europe: modernization in hard times*, Cambridge: Cambridge University Press., 2010
- HOLMES S., SUNSTEIN C., *The costs of Rights. Why Liberty depends on taxes*, New York-Londra, 1999, trad. it., Bologna, 2000
- IANNELLO C., *La funzione normativa dello Stato. La tutela delle esigenze unitarie e la tutela "uguale" dei diritti dei cittadini alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in CLEMENTE DI SAN LUCA G. (a cura di), *Comuni e funzione amministrativa*, Torino, 2007, 29 ss.

- IMMORDINO M., *Certezza del diritto, incertezza del diritto e diritto alla certezza, nei rapporti tra amministrazione e cittadini*, in *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, 53 ss.
- IMMORDINO M., *Tempo ed efficienza dell'azione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica ed amministrazione*, Napoli, 2010, 57 ss.
- IMMORDINO M., *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in IMMORDINO M., POLICE A., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004, 15 ss.
- IORIO E., *Diritto sanitario*, Milano, 2005
- IORIO E., *Diritto all'assistenza sociale*, Milano, 2006
- KAUFMANN F.X., *Variations of the Welfare State: Great Britain, Sweden, France and Germany between Capitalism and Socialism*, Berlin, 2012
- JEMOLO A. C., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Bari, 1954
- LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012
- LARSEN C. A., GUOL ANDERSEN J., *How new economic ideas changed integration and globalization*, in *Social Policy and Administration*, 2009, vol. 34, 44 ss.;
- LEIBHOLZ G., *Strukturwandel der modernen Demokratie 1952*, ora in *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3° ed., Karlsruhe, 1967, 67 ss.
- LEONE G., *Per un federalismo competitivo e solidale*, in *Ist.fed.*, 2009, 533 ss.
- LOMBARDI G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967
- LOMBARDI G., voce *Doveri pubblici (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 357 ss.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Introduzione filosofica generale*, in *Procedura, procedimento, processo*, Atti del convegno di studi giuridici (Urbino 14 e 15 giugno 2007), Padova, 2010, 3 ss.
- LONGO E., *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. cost.*, 2010, 164 ss.
- LUCIANI M., *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in BIFULCO R., D'ALOIA A. (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008, 423 ss.
- LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 11, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Sanità pubblica*, 2002, 1025 ss.
- LUCIANI M., *Diritti sociali ed integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 367 ss.;
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, II, 97 ss.;
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, ROMBOLI R. (a cura di), Torino, 1994, 89 ss.
- LUCIANI M., voce *Salute (diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991
- MADDALENA P., *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e la costituzione della repubblica italiana. Giudizio di equità ed identità tra equità e diritto*, in *Dir. soc.*, 2001, 225 ss.
- MAGNETTE P., *The fragility of liberal Europe*, in *European political science*, 2009, 190 ss.
- MAGNI S. F., *Etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, Bologna, 2006
- MAGRI M., *L'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in Malfatti E., Romboli E., Rossi E., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 130 ss.

- MANGANARO F., *L'evoluzione dell'autonomia degli enti locali: dall'Unità d'Italia alla legge di stabilità 2012*, in AA.VV., *Contabilità degli enti locali e contrattualistica pubblica*, Milano, 2012
- MANGANARO F., *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica ed amministrazione*, Napoli, 2010, 445 ss.
- MANGANARO F., *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004
- MANGANARO F., *Combattere povertà ed esclusione: ruolo e responsabilità delle amministrazioni e delle comunità subnazionali e locali*, in *Dir. econ.*, 2003, 286 ss.
- MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995
- MANNELLA F., *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011.
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2003
- MARTINI F., *Poteri e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 394 ss.
- MARZANATI A., *Il ruolo dello Stato nel policentrismo repubblicano: l'assistenza sociale*, in AA. VV., *La tutela multilivello dei diritti sociali*, BALBONI E. (a cura di), vol. I, Napoli, 2008, vol. I, 257 ss.
- MARZUOLI C., *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca d'identità*, in *Questione Giustizia*, 2009, 34 ss.
- MARZUOLI C., *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 133.
- MARZUOLI C., *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 71 ss.
- MARZUOLI C. (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003
- MARZUOLI C., *Istruzione e Stato sussidiario*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 117 ss.
- MASSERA A., *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 ss.
- MASSERA A., *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1 ss.
- MASSERA A., *Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 19 ss.
- MATTASSOGLIO F., *Il diritto all'istruzione nella prospettiva della riforma del sistema scolastico*, in FERRARA R., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A. (a cura di), *Codice delle cittadinanze. Commentario dei rapporti tra privati e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2006, 901 ss.
- MATTARELLA B. G., *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359 ss.
- MATTARELLA B. G., *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 909 ss.
- MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964
- MERLONI F., *Il sistema amministrativo italiano, le Regioni e la crisi finanziaria*, in *Regioni*, 2011, 599 ss.
- MERUSI F., *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Dir. economia*, 2012, 483 ss.
- MERUSI F., *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'Unità d'Italia*, in *Dir. e soc.*, 2012, 93 ss.
- MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in A. I. P. D. A., *Annuario 2001*, Milano, 2002, 63 ss.



- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, I, Pisa, 1945
- MIELE G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, 172 ss.
- MODUGNO F., *La dicotomia Stato-ordinamento, Stato-soggetto, nel pensiero dei tre maestri (Esposito, Crisafulli, Paladin)*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, L. CARLASSARE (a cura di), Padova, 2004, 50
- MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008
- MOLASCHI V., voce *Protezione sociale*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, CASSESE S. (diretto da), V, Milano, 2006, 4682 ss.
- MOLASCHI V., *La gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica": prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 272 del 2004*, in *Foro it.*, 2005, I, 2652 ss.
- MORBIDELLI G., *Il contributo del giudice amministrativo in 150 di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 763 ss.
- MORBIDELLI G., *Regioni e principi generali del diritto amministrativo*, in *Dir. soc.*, 2010, 81 ss.
- MORBIDELLI G., *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 285 ss.
- MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, 2006
- MUDGE S., *What is Neo-liberalism?*, in *Socioeconomic Review*, 2008, 73 ss.
- NAPOLITANO G., *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 461 ss.
- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001
- NATALE D., *Le fondamenta normative del welfare state: lo stato dell'arte e nuove prospettive di ricerca. Un commento*, *Stato e merc.*, 81 ss.
- NATALI D., *Le fondamenta normative del welfare state: lo stato dell'arte e nuove prospettive di ricerca*, in *Stato e mercato*, 2013, 81 ss.
- NOCILLA D., voce *Popolo*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 360 ss.
- NEUMAN F.L., *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar*, in *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Bologna, 1983, 322 ss.
- ORLANDO V.E., *Introduzione al diritto amministrativo*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, 1 ss.
- ORLANDO V.E., *Prefazione*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, V ss.
- PACE A., *Il diritto all'istruzione al tempo della crisi*, in *Dir. soc.*, 2013, 31 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003.
- PALADIN L., *Il principio costituzionale dell'eguaglianza*, Milano, 1962
- PALIER B., *Social policy paradigms, welfare state reforms and the crisis*, in *Stato e mercato*, 2013, 37 ss.
- PALLANTE F., *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 249 ss.
- PALOMBELLA G., *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Bari, 2002
- PANKIEWICZ A.W., *Federalismo e diritto sociali*, Roma, 2005
- PASTORI G., *Prima e dopo la riforma: bilancio e prospettive*, in *Regioni*, 2011, 581 ss.
- PASTORI G., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, II, 2005, 1749 ss.



- PASTORI G., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Dir. ec.*, 2002, 475 ss.
- PASTORI G., *Sussidiarietà e diritto della salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss.
- PASTORI G., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, II, Milano 1993, 1081 ss.
- PASTORI G., *Dal D.P.R. 616/77 alla legge quadro sull'assistenza: problemi istituzionali ed organizzativi*, in *Persona, Comunità e Stato nella prospettiva della riforma dell'assistenza*, *Quaderni di Iustitia*, n. 29, Milano, 1979, 142 ss.
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997
- PECES BARBA MARTINEZ G., *Diritti sociali: origine e concetto*, in *Sociologia del diritto*, 2000, 27 ss.
- POLICE A., *Ruolo e responsabilità dei cittadini, delle formazioni sociali e dei gruppi sociali nella lotta alla povertà. Problemi giuridici della "shared Governance"*, in *Dir. ec.*, 2004, 539 ss.
- POLICE A., GIULIETTI W., *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 831 ss.
- SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000
- PEREZ R., *Fiscal compact e tutela dei diritti sociali*, in *Riv. giur. mezz.*, 2013, 107 ss.;
- PERFETTI L. R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, in corso di pubblicazione
- PERFETTI L. R., *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, in corso di pubblicazione
- PERFETTI L. R., *Autorità dello Stato, autorità del Mercato, autorità dei diritti delle persone (Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele)*, in *Scritti in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2013
- PERFETTI L. R., *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, in corso di pubblicazione
- PERFETTI L. R., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 850 ss.;
- PERFETTI L. R., *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004
- PERFETTI L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001
- PERGOLES F., *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee*, Firenze, 1946
- PEZZINI B., *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001
- PIAZZA S., *L'alveo dei diritti sociali come cornice giuridica dei diritti sociali*, in *Nuova rass.*, 2007, 1 ss.
- PILIA, *I diritti sociali*, Napoli, 2005
- PINELLI C., *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 396 ss.
- PINELLI C., *"Social card", o del ritorno alla carità dello Stato*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre*, vol. II, Napoli, 2009, 1177 ss.
- PINELLI C., *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 881 ss.

- PINI R., *Amministrazione pubblica e comunità. Intese perdute, limiti mancati e possibile cooperazione per il bene comune*, Padova, 2011
- PIOGGIA A., *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 49 ss.
- POGGI A., *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli, 2004, 1713 ss.
- POGGI A., *I livelli essenziali nel settore dell'istruzione*, in BERTI G., DE MARTIN G.C., *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, 297 ss.
- POGGI A., *Istruzione, formazione, professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale, e autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche*, in *Le regioni*, 2002
- POLICE A., GIULIETTI W., *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 831 ss.
- POLICE A., *Le situazioni giuridiche soggettive degli utenti del servizio sanitario*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2003, 1173 ss.
- POLICE A., *Stato, regioni ed enti locali nell'assunzione e gestione dei servizi sociali: prove di sussidiarietà. Riflessioni a margine della legge quadro sui servizi sociali*, in *Rapporto 2001 sul Servizio sociale in Italia*, EISS, Roma, 2001, 225 ss.
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000
- POTOTSCHNIG U., *Scritti scelti*, Padova, 1999
- POTOTSCHNIG U., *I servizi sociali*, in *Le Regioni*, 1977, 1229 ss.
- POTOTSCHNIG U., voce *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 96 ss.
- POTOTSCHNIG U., voce *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 721 ss.
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964
- PIZZETTI F., *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Regioni*, 2003, 599 ss.
- PRINCIPATO L., *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2002, 1179 ss.
- PRINCIPATO L., *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 873 ss.
- RAMAJOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss.
- RAMAJOLI M., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 80 ss.
- RAMAJOLI M., VILLATA R., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006
- RAMAJOLI M., *Osservazioni in tema di procedimento assistenziale e previdenziale*, in *Dir. ec.*, 1994, 421 ss.
- RENNI M., *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in ASTONE F., CALDARERA M., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 92 ss.
- RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; CHIEFFI L. (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali, A proposito della riforma del Titolo V della Costituzione*, Padova, 2001.
- RESCIGNO G. U., *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1973

- RITTER G. A., *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, Monaco, 1989, trad. it., Bari, 2007, 2° ed.
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012
- ROMAGNOLI U., *Il principio dell'uguaglianza sostanziale*, in *Commentario della Costituzione*, BRANCA G. (a cura di), Bologna-Roma, 1975, 162 ss.
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1910, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969
- ROMANO TASSONE A., "Il nuovo cittadino" di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia, in *Dir. amm.*, 2008, 313 ss.
- ROMEO G., *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, 2011
- ROSSI G., *L'attualità di G. D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 22 ss.
- ROSSI G., BENEDETTI A., *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, 2 ss.
- ROZO ACUNA E., *Introduzione. Cittadino e amministrazione nel nuovo millennio*, in *Procedura, Procedimento, Processo*, Atti del convegno di studi giuridici (Urbino 14 e 15 giugno 2007), Padova, 2010, XIII.
- ROVAGNATI A., *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, 2009;
- SABEL C. F., ZEITLIN J. (a cura di), *Experimentalist Governance in the European Union: towards a new architecture*, 2010, Oxford: Oxford University Press.
- SAITTA F., *Istruzione e formazione professionale*, in CORSO G., LO PILATO V., (a cura di) *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale, II*, Milano, 2006, 331 ss.
- SANDULLI A. M., *Brevi osservazioni in tema di pretese private all'esercizio delle funzioni pubbliche*, in *Giust. Civ.*, 1960, I, 2091 ss.
- SANDULLI A. M., *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro it.*, 1952, I, 1344 ss.
- SANDULLI M. A., (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011
- SANDULLI M. A., *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *federalismi.it*, 2012
- SANDULLI M. A., *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *giustamm.it*, 2009
- SANDULLI M. A., *Servizi pubblici e ruolo del privato tra istanze solidaristiche e mercato concorrenziale*, in AA.VV., *Le esternalizzazioni*, Atti del Convegno di studi giuridici italo-spagnolo, 2007
- SANDULLI M. A., *Un passo avanti ed uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004
- SANDULLI A., *Un "racconto vero" sulla fragilità della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, 1
- SANDULLI A., *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, in *Costituzionalismo.it*, 2009, 1
- SANDULLI A., Santi Romano, Orlando, Ranalletti e Donati sull' "eclissi dello Stato". Sei scritti di inizio secolo XX, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 77 ss.
- SANDULLI A., *Sussidiarietà ed autonomia scolastica nella lettura della Corte costituzionale*, in *Ist. fed.*, 2004, 543 ss.

- SANDULLI A., *Il buono scuola agli alunni delle scuole paritarie: perplessità e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 8 ss.
- SANDULLI A., *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003
- SANDULLI A., *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: percorsi e tendenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 753 ss.
- SARACENO C., *Trasformazioni dei welfare state e/o spostamenti discorsivi. Un commento*, in *Stato e merc.*, 2013, 67 ss.
- SCALDAFERRI R., *L'origine dello Stato sociale in Italia (1876–1900)*, in *Il Pensiero politico*, XIX, 1986, 222 ss.;
- SCHMITT C., *Verfassungslehre*, Monaco-Leipzig, 1928, 212 ss.
- SCHMITT C., *Grundrechte und Grundpflichten* (1932) ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlino, 1958, 169 ss.
- SCOCA F. G., *Protezione della diversità e trattamento legislativo degli stranieri*, in *Dir. ec.*, 2013, 15 ss.
- SCOCA F. G. *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 20012, 371 ss.
- SCOCA F. G., *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, 21 ss.
- SCOCA F. G., *I mezzi di tutela giurisdizionale sono soggetti alla discrezionalità del legislatore*, in *Corriere giuridico*, 2011, 1548 ss.
- SEPE S., *Le amministrazioni della sicurezza sociale nell'Italia unita 1861–1998*, Milano, 1999
- TAYLOR GOOBY P. (a cura di), *Welfare States under pressure*, 2001, London: Sage.
- TAYLOR GOOBY P., *News risks, new Welfare. The trasformation of the European Welfare State*, Oxford-New York, 2004
- THOMA R., *Das System der subjektiven öffentlichen Rechten und Pflichten*, in ANSCHUTZ G., e THOMA R., *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, II, Tübingen, 1932, 616 ss.
- TORCHIA L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010
- TORCHIA L. (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005;
- TORCHIA L., *Sistemi di Welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 713 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il regionalismo e i modelli*, in *Regioni*, 1995, 256 ss.
- TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008
- VANDELLI L., *Riflessioni a dieci anni dalla riforma del titolo V: quali prospettive per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, 2011, 587 ss.
- VANDELLI L., *L'unificazione italiana e il rapporto centro-periferia*, Bologna, 2011, 415 ss.
- VANDELLI L., *Crisi economica e trasformazione del governo locale*, in *Astrid*, 2011
- VERTOVA F.P., *Cittadinanza liberale, identità collettive, e diritti*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994
- VILLATA R., *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2009
- VILLATA R., *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008
- VILLATA R., *I pubblici servizi*, Milano, 2006
- VIOLA F. (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012
- ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Milano, 1993, 124 ss.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992

ZANICHELLI M., *Il significato dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, CARTABIA M. (a cura di), Bologna, 2007, 507 ss.

ZILLER J., *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 539 ss.



